

LECCIÓN I

Concepto de Derecho Administrativo

Obs.: DA: Derecho Administrativo. DP Derecho Privado.

1.- Definición del Derecho administrativo.

Una de las singularidades más relevantes del DA es, sin lugar a dudas, su permanente afán de autodefinición, él es presentado liminarmente por los autores como *el ordenamiento jurídico que disciplina a la administración pública y todos los esfuerzos se orientan a caracterizar a la “administración”*, toda vez que el término “Derecho” pertenece a la teoría general. Entonces, la exposición del Derecho Administrativo tropieza con el problema de su propia definición. La falta de una definición generalmente aceptada se debe no sólo a diferencias del derecho positivo de uno a otro país, sino a la divergencia de los puntos de vista y elementos internos al parecer inconciliables.

2.- Su importancia para el deslinde de jurisdicciones.

Aparte del interés puramente teórico o académico que ofrece el problema, éste es de gran importancia práctica para los países que tienen instituida una jurisdicción especial para las cuestiones regidas por el derecho administrativo. Así ocurre en el nuestro, en el que desde que la constitución de 1940 se incorporó el Tribunal de Cuentas al Poder Judicial y se le atribuyó competencia exclusiva en materia contencioso-administrativa, lo mismo que la Constitución del 67 y ahora con el COJ art. 30 que preceptúa: “El Tribunal de Cuentas se compone de 2 Salas, integradas por no menos de 3 Miembros cada una. Compete a la 1ª entender en los juicios contencioso administrativos en las condiciones establecidas por la Ley en la materia...”. Esta materia, en el anteproyecto, está reservada para su conocimiento al Tribunal de Cuentas 1ª Sala. Por consiguiente, es decisivo saber si la cuestión que se plantea está o no regida por el DA y por eso es inexcusable la definición de éste derecho.

3.- Criterios clásicos de definición.

Se los puede agrupar del modo siguiente:

- a) **Por el sujeto:** u órgano competente para ejecutar o aplicar las normas de DA, que es el Poder Ejecutivo. La crítica es que también el P. Legislativo y el P. Judicial, excepcionalmente, aplican normas consideradas como administrativas, por ejemplo las relativas al personal, aplicación de recursos presupuestarios, poder disciplinario, etc. y por otra parte también el P. Ejecutivo aplica normas de derecho privado, en una medida cada vez más amplia en las empresas públicas.
- b) **Por la materia regida:** Lo específico estaría en la materia regida, en este caso la administración, pero administración tiene diversos significados que no convienen al concepto que tratamos de definir. En sentido amplio comprende a toda la actividad estatal, incluso la legislativa y la judicial, por lo que suele emplearse “administración Pública” como sinónima de Estado. Esto excede el campo propio del DA porque el Estado en su totalidad también se rige por el D. Constitucional y por otras ramas del Derecho. Si lo restringimos a la administración del P. Ejecutivo la definición pecaría por defecto, al no cubrir materias como policía, sanidad, educación, etc., que no son propiamente administración. Si en cuanto a la materia regida se refiere a las relaciones de sujeción de las personas al poder sancionador del Estado, quedarían comprendidas la totalidad de las relaciones entre particulares como de éstos con el Estado, que son también, las últimas, regidas por el DP. Lo mismo pasa si se pretende que el DA es el derecho por el que se rigen los servicios públicos, porque estos se rigen también, cada vez más, por el DP.
- c) **Por el carácter dual del Estado:** Sería DA cuando obra como poder público y DP cuando actúa como persona jurídica, volvemos al problema desde el principio al tener que preguntar cuándo obra el Estado como Poder Público y cuándo como persona jurídica. La única respuesta es que el Estado actúa como poder público en cuanto aplica el DA y como persona jurídica cuando lo hace conforme al DP, y así es un círculo vicioso que a nada conduce.
- d) **Por exclusión:** DA sería el que resta luego de eliminar del total del ordenamiento jurídico al DP y a todas las demás ramas que han adquirido autonomía y delimitación propias. Un mero residuo, por el solo hecho de no ser otra cosa, no puede constituir una disciplina jurídica autónoma porque se necesita para ello un corpus iuris con normas y principios propios consagrados por el derecho positivo o admitido en doctrina.

Ninguno de los criterios expuestos refleja coincidencia, pero concurren a delimitar un área común que será el concepto integral del derecho administrativo.

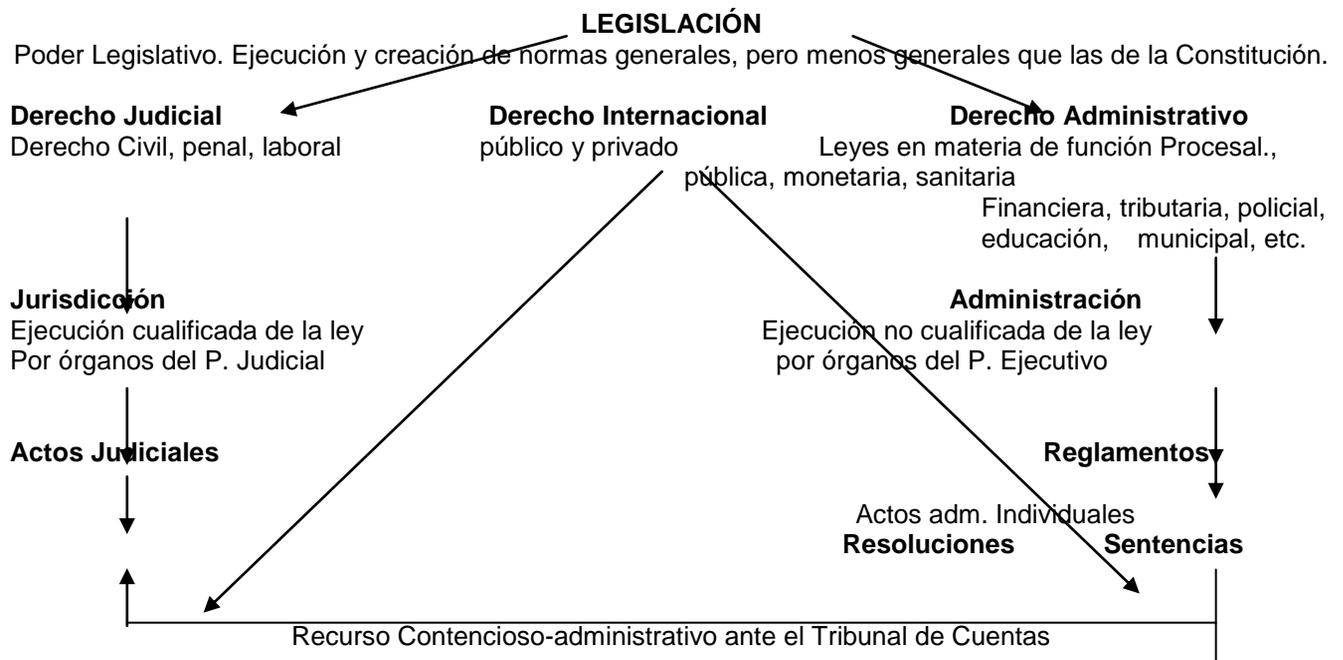
4.- Ubicación del Derecho Administrativo en el ordenamiento Jurídico General.

Un riguroso orden de prevalencia de las normas, a la vez que un proceso de creación y ejecución de las mismas, están estatuidos en el orden jurídico estatal. Este se manifiesta en todas las constituciones modernas y no es más que el resultado de la división del trabajo y la especialización de funciones en los Estados que ha alcanzado algún desarrollo.

Nuestra Constitución, en el artículo 137 expresa: “La ley suprema de la república es la Constitución. Esta, los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el Derecho Positivo Nacional en el orden de prelación enunciado.

El orden jurídico y su dinámica pueden ser representados en el siguiente gráfico:

CONSTITUCIÓN
Poder Constituyente. Creación pura de normas generales.
▼



Según se ve, las diferentes normas jurídicas están sometidas a un riguroso orden de prevalencia, el que constituye al mismo tiempo condición de validez de cada una de ellas.

5.- Diversos enfoques para una configuración integral. (Explicación del cuadro)

En el cuadro precedente se ponen de manifiesto varios aspectos que deben ser contemplados para una configuración integral del Derecho Administrativo:

- a.- El DA es un derecho subconstitucional
- b.- su ejecución, la llamada Administración es una función sublegal, sometida no solo a la Constitución, sino también a la ley formal.
- c.- debe ser diferenciada no sólo del DP, sino también del restante derecho judicial, en el sentido de Derecho aplicado por los Jueces.
- d.- El DA será aplicado por los Jueces, pero solo a posteriori (después) de la ejecución de la ley por los órganos administrativos o ejecutivos.
- e.- El D. Internacional está en ambos lados de la línea divisoria. Será D. Internacional Judicial si son competentes para su aplicación órganos judiciales, será D. Internacional Administrativo si son competentes para su aplicación los órganos administrativos. si no está definida la competencia en los Tratados será judicial o administrativo si son normas pertenecientes o complementarias del D. Judicial o del D. Administrativo.
- f.- están agrupadas como pertenecientes al DA las más heterogéneas leyes, que en realidad nada tienen en común más que la competencia de los órganos administrativos para la ejecución de todas ellas. DA es, en rigor, sólo el conjunto de normas a que deben ajustar sus actos los órganos administrativos para la correcta ejecución de éstas leyes; y sólo por extensión del concepto se consideran como pertenecientes al DA las mismas leyes cuya ejecución compete a órganos calificados como administrativos.

En conclusión: así es como se integra el DA en la Sistemática General del Derecho, no por su materia (la de las diversas leyes de policía, sanidad, tributaria, etc.), sino por su función jurídica y los órganos a que ésta es asignada. Para evitar equívocos se lo podría denominar "Derecho Ejecutivo", derecho al que deben ajustar sus actos los órganos que por su propio cometido se llaman, justamente, ejecutivos.

6.- Creación y ejecución de Normas Jurídicas.

Una norma o conjunto de normas es algo estable, estático; pero eso no significa que no esté sujeto a un proceso dinámico de creación y ejecución. Las normas son creadas, empezando por la sanción de la Constitución, que es pura creación. Son ejecutadas por las leyes en el sentido de que éstas ponen en ejercicio las facultades otorgadas por la Constitución al legislador; leyes que a su vez son ejecutadas, en lo que al DA se refiere, mediante reglamentos y actos administrativos. El DA puede ser estudiado por tanto, en su faz estática: las normas establecidas; y en su faz o proceso dinámico: que consiste en la creación y ejecución de las mismas normas, que se da precisamente en el acto administrativo.

En el proceso gradual de creación y ejecución de las normas jurídicas, el acto administrativo desempeña la misma función que el acto constitucional, el legislativo y el acto jurídico privado, con la diferencia de los órganos y de la jerarquía y extensión de las normas por él creadas. También hay que destacar la unilateralidad del acto administrativo, en contraposición a la consensualidad del acto jurídico privado.

Tomando el vocablo ejecución en un sentido muy amplio, como ejercicio de facultades, aplicación o cumplimiento de la norma superior, la Constitución no es ejecución, sino pura creación de normas jurídicas consideradas fundamentales. La legislación es ejecución de la Constitución, por un lado; y al mismo tiempo es creación de normas jurídicas generales, pero no tan generales como las de la Constitución.

La administración ejecuta la ley cuando dicta reglamentos, así como cuando aplica directamente la ley o sus propios reglamentos, que es también ejecutar la ley a través de los reglamentos, creando normas jurídicas

individuales mediante los llamados “actos administrativos”. La jurisdicción es también ejecución de la ley, pero de especial cualidad, mediante la cual se establece una norma individual que ha de ser observada por las partes intervinientes en el juicio.

7.- Derecho Administrativo: derecho subconstitucional:

Del derecho administrativo se dice que es subconstitucional, porque en el ordenamiento jurídico general está ubicado por debajo de la Constitución. Está subordinado a la Constitución. Esta jerarquía de valor y subordinación se expresa en la metáfora de Berthélemy de que los preceptos constitucionales constituyen los títulos de los capítulos del Derecho administrativo. Es la ejecución y desarrollo de la Constitución, debemos recordar que condición de validez del reglamento o resolución administrativa es su observancia y conformidad con la Constitución.

8.- Legislación, Jurisdicción y Administración.

Se distingue a la Legislación como la función creadora de normas jurídicas generales o leyes; y a la Jurisdicción y Administración como funciones concretizadoras de normas, mediante las sentencias y los actos administrativos, respectivamente. Entre Legislación y administración, las diferencias son: que los reglamentos administrativos tienen de común con las leyes su carácter de generalidad, pero la diferencia está en cuanto a su ubicación sistemática: son desarrollo y ejecución de la ley, contienen normas menos generales que ella y , la mayor diferencia, tienen valor subordinado y están condicionadas por la misma ley.

La distinción entre Jurisdicción y Administración puede señalarse en que se llama Jurisdicción a la función ejercida por los Jueces, y Administración a la de los órganos administrativos. Las notas diferenciales de estas 2 funciones son:

- a) ejecutar la ley es función de la administración; aplicarla es función de la jurisdicción.
- b) Administración denota competencia de los órganos ejecutivos; jurisdicción, competencia de los Jueces.
- c) Por la materia: administración sería ejecución no contenciosa de la ley, jurisdicción, la contenciosa.
- d) Por su finalidad: cumplir y hacer cumplir la ley, por la administración; hacer justicia, por la jurisdicción.
- e) El derecho es un medio para la administración; para la jurisdicción es su propio fin.

Pero no hay que creer en la diferencia grotesca de atribuir finalidad de justicia sólo a la jurisdicción, como si la administración pudiera desentenderse de ella. Tanto la ejecución de la ley por la autoridad administrativa como la de los Jueces, llámese ejecución o aplicación de la ley, sea en casos contenciosos o no, se ajusta a idéntica estructura silogística: la ley establece 1 norma general para una situación de hecho contemplada también de manera general (premisa mayor); un sujeto se encuentra en la situación prevista (premisa menor); luego debe serle imputada la consecuencia en la forma de una norma individual (conclusión) con la S.D. o con el reglamento o resolución.

9.- Ejecución no cualificada y cualificada de la Ley.

En la administración, la ejecución de la ley se realiza normalmente, sin tropiezos. En caso de una infracción o de controversia sobre la aplicación de la norma, el órgano ejecutivo no puede dejar de ejecutar la ley, salvo que la misma le inhiba de hacerlo, remitiendo desde un comienzo la controversia al Juez. Tiene que ser superado el obstáculo en forma expeditiva por el mismo órgano executor, sin mayores garantías, para una correcta ejecución de la ley; no porque la justicia sea indiferente en el caso, sino porque no están dadas las condiciones para asegurarla. Por eso se la llama ejecución no cualificada de la ley, por la falta de cualidades esenciales de una verdadera justicia, especialmente por estar sometido el órgano de ejecución a órdenes e instrucciones del superior jerárquico.

En tanto que en la Jurisdicción concurren estas 3 cualidades o condiciones:

a) un Juez imparcial, independiente del órgano ejecutivo implicado en la controversia y no sujeto a órdenes e instrucciones del superior. El Juez goza de la independencia del poder Judicial que otorga la Constitución (248).

Es cierto que la autoridad administrativa está o puede estar también a cubierto de órdenes de sus superiores que la desvíen de su cometido, pero aún así no deja de ser parte en la cuestión suscitada por su propia actuación, y evidentemente no es un 3º imparcial como sólo puede serlo un Juez independiente.

b) un procedimiento que dé lugar a la más amplia defensa, generalmente el Juicio Ordinario.

También es cierto que en la aplicación de la ley en determinadas materias, especialmente en la aplicación de sanciones, el procedimiento administrativo ofrece medios más o menos adecuados para la defensa del inculpado, pero aún el más amplio procedimiento administrativo no bastaría para suplir la falta del 3º juzgador, que es esencial en el debido proceso.

c) Como consecuencia, sólo la sentencia dictada en las anteriores condiciones puede hacer cosa juzgada. Que ella sea propiedad exclusiva de la resolución judicial explica que comúnmente se atribuya a los jueces la función de interpretar la ley que prevalece mediante la fuerza de cosa juzgada a cualquier otra interpretación de los órganos administrativos o de los particulares.

Para la distinción que estamos buscando, la jurisdicción de los Jueces ejercida conforme a las condiciones indicadas, que son las esenciales del debido proceso, es ejecución cualificada de la ley, a diferencia de la no cualificada de las autoridades administrativas.

10.- Derecho Administrativo y Derecho Privado.

El DP cada vez se aplica más en los servicios públicos, sus normas e institutos son medios adecuados para ejecutar, cumplir o realizar los fines que la ley ha tenido en cuenta al instituir un servicio o empresa pública. En los países que tienen organizada una jurisdicción de competencia especial para cuestiones contencioso-administrativas, se requiere una precisa distinción a fin de decidir en el caso, si corresponde la jurisdicción administrativa o la ordinaria. Como los criterios de definición del DA que se han dado hasta ahora no son satisfactorios para fundar una decisión, la jurisprudencia suele fijarse en la competencia conferida para la ejecución de la ley: si ella es atribuida a órganos ejecutivos, su revisión corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa y no a la ordinaria. Otra distinción suele fundarse en un concepto negativo: si las normas o institutos en examen son diferentes o desconocidos en el DP, entonces el derecho aplicado es el administrativo. En definitiva, DA sería lo que no es DP.

La distinción también puede hacerse con notas positivas, como lo hacen los autores franceses: DA es un derecho exorbitante del DP (fuera de la órbita del DP). La diferencia consiste en que los actos administrativos se perfeccionan por la declaración unilateral del agente estatal, en virtud de la ley, en tanto que los actos jurídicos privados (sobre todo contratos) son consensuales. En definitiva, el carácter unilateral (decisión unilateral autorizada por ley) es la mejor opción para el deslinde de jurisdicciones.

11.- Derecho Positivo y Sistemática Jurídica.

Derecho Positivo es el sistema de normas y principios que informan y regulan efectivamente, con carácter obligatorio, la vida de un pueblo, en un determinado momento histórico. **Sistemática jurídica** es la exposición ordenada y coherente de las normas que integran un ordenamiento jurídico, temporal y espacialmente circunscripto; presenta a las normas como partes de un todo o sistema, en relación de coordinación y subordinación.

El Derecho Positivo no encaja exactamente en el esquema esbozado, sino que existen evidentes desajustes. Por ejemplo: el Derecho Constitucional atribuye al P. Legislativo funciones de administración interna y judicial, como el Juicio Político. Al P. Judicial también atribuye administración interna y colegislativas, como la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Al P. Ejecutivo funciones colegislativas: como proyectos de ley, promulgación, veto de una ley; cuasilegislativas, como reglamentos externos; judiciales, como conmutación de penas y cuasijudiciales, como la resolución de cuestiones contenciosas en la instancia administrativa. Subsiste sin embargo, como principio la función ejecutiva en el P.E. y sólo por excepción en los demás poderes.

Las razones que pueden tener el P. Constituyente y el P. Legislativo para apartarse de una determinada sistemática jurídica son que las normas e instituciones jurídicas no están dadas por sí mismas, como los objetos de la naturaleza, sino que son obra del creador del Derecho y su finalidad no es "hacer Ciencia" sino atender a las exigencias de la vida individual y comunitaria. Por eso un sistema de conocimientos jurídicos no puede pretender que se ciña a él necesariamente el Derecho Positivo, sino que es la Sistemática Jurídica la que ha de ajustarse a las modalidades del Derecho Positivo. Ella puede ser considerada correcta y cumple su función, si llega a captar por abstracción los lineamientos generales del Derecho Positivo.

12.- Noción Integral del Derecho Administrativo.

Del precedente análisis, se desprende no una definición unitaria, sino una noción integral, comprensiva de todo lo que se entiende como DA. Se enuncia así: es el conjunto de normas positivas y principios jurídicos, que rigen la ejecución de la ley por órganos del Poder Ejecutivo y de las Instituciones Públicas Autónomas, (excepcionalmente por órganos del Legislativo y del Judicial, en cuanto a su administración interna); y por extensión, el Derecho comprensivo de todas las leyes cuya ejecución compete a tales órganos ejecutivos, excluidas las normas e institutos jurídicos pertenecientes al DP, respecto del cual se diferencia por la nota formal del carácter unilateral del acto administrativo, en contraposición del acto jurídico privado que es consensual o bilateral.

La noción está centrada en la ejecución de la ley (criterio funcional) por órganos del ejecutivo (criterio orgánico) apoyándose en las prescripciones constitucionales sobre competencia de éste poder. La excepción referente a los órganos del Legislativo y del Judicial que ejecutan o aplican normas de su administración interna, tiene por objeto incluir en la noción un sector considerado de indudable carácter administrativo, no en razón del órgano sino de la materia: régimen del personal, financiero, disciplinario, fundado también en disposiciones constitucionales sobre las atribuciones de dichos poderes. Para la inclusión dentro del DA de las más diversas leyes se da el fundamento de la competencia de los órganos del Ejecutivo para ejecutar todas ellas (criterio extensivo). Por último, como la calificación de DA depende en definitiva de la competencia de los órganos y con frecuencia el legislador no los designa, en la inteligencia de que compete a los órganos del ejecutivo la ejecución de las leyes que no sean del DP, se da la nota diferencial del acto jurídico administrativo del acto jurídico privado, que decide la exclusión de éste del concepto de DA (criterio formal)

LECCIÓN II

Fuentes del Derecho Administrativo

1.- Concepto Jurídico de Fuente

En un concepto amplio del término, fuentes del derecho son los modos como se originan y establecen las normas que integran un ordenamiento jurídico positivo. El vocablo fuente no tiene en Derecho el sentido usual de origen o principio, sino que significa el derecho mismo o sus modos de manifestarse. Cuando decimos que la ley es fuente del DA, lo que queremos significar es que la ley misma es tal Derecho. Que se use el vocablo fuente en un sentido tan especial: "La ley es fuente del DA", sólo puede explicarse por el hecho de que la autoridad administrativa y el Juez recurren a la ley como a una "fuente" para resolver determinada cuestión. En realidad tanto aquello a lo que se recurre, la fuente, como también la resolución administrativa y la sentencia constituyen derecho.

2.- Condiciones de subordinación y validez de las normas jurídicas.

Las diferentes normas jurídicas están sometidas a un riguroso orden de prevalencia, el que constituye al mismo tiempo condición de validez de cada una de ellas. Así la Constitución expresa el orden de prelación estableciendo como ley suprema a la misma Constitución, luego vienen los Tratados, convenios y acuerdos internacionales debidamente ratificados, después las leyes del Congreso y por último otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía. Las normas jurídicas, para ser válidas deben observar este orden establecido.

Condición de validez de la ley y del reglamento es su conformidad con la Constitución; y del reglamento y las resoluciones administrativas en general, su observancia de la Constitución y de la ley. Ello es porque el DA es un Derecho Subconstitucional y su ejecución, la administración, es una función jurídica sublegal, sometida a la Constitución y a la Ley Formal.

3.- Constitución, Ley, Reglamento, Acto Administrativo Individual.

El orden de prelación de las fuentes en DA es el siguiente: tienen aplicación el texto expreso de la Constitución, de la ley y del reglamento, disposiciones análogas de las mismas fuentes, Principios Generales y Doctrina del DA, fuente supletoria de otras normas del Derecho Positivo, Jurisprudencia como fuente coadyuvante de todas las demás, en el orden indicado. (Anteproyecto art. 2).

La fuente de valor preeminente en DA es la ley, denominación bajo la que se comprende no solo la ley en sentido formal dictada por el P. Legislativo; sino también la Constitución que es la ley fundamental, y los reglamentos dictados por las autoridades administrativas; que son leyes en sentido material por cuanto establecen mandatos, obligaciones y prohibiciones de carácter general, lo mismo que la ley. (Concepto genérico de Ley).

4.- Posición de los Tratados y de los Decretos-Leyes.

La constitución expresa que los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales, aprobados y ratificados integran el Derecho Positivo Nacional en 2do. Lugar de jerarquía, por debajo de la Constitución. Los Tratados válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de ratificación fueron depositados o canjeados, forman parte del ordenamiento legal interno, con la jerarquía que determina la Constitución (141); o sea que para adquirir vigencia y validez un Tratado debe ser válidamente celebrado (por el presidente Constitucional (235)) y aprobado por ley del Congreso.

Decretos- Leyes: en la Constitución de 1967, a los decretos leyes había que considerarlos en el mismo nivel de la ley. Ella autorizaba al Ejecutivo a dictarlos durante el receso legislativo, con dictamen del Consejo de Estado y con la obligación de someterlos a la consideración de las Cámaras dentro de los primeros 60 días del siguiente período ordinario de sesiones. Entonces entraban inmediatamente en vigencia, de modo que su posterior rechazo o modificación tenía efecto derogatorio, igual que con una ley. La autorización constitucional era para casos de urgencia, de lo contrario se caería en el absurdo de crear 2 órganos para que entren a legislar por turnos, lo que representa inestabilidad jurídica. Los decretos leyes tienden a borrar la diferencia que debe existir entre las leyes y los decretos a ellas subordinados, lo que basta para distorsionar el ordenamiento jurídico. Por ello nuestra Constitución vigente autoriza al ejecutivo a dictar solamente "Decretos" que, para su validez, requieren el refrendo del Ministro del ramo, y que por el orden de prelación por ella estatuido están posicionados jerárquicamente por debajo de las leyes dictadas por el Congreso.

5.- Especial importancia de los Reglamentos en el DA.

La Administración Pública Moderna se rige, en gran parte por los reglamentos, no precisamente por las leyes formales. Los Reglamentos contienen normas obligatorias para la generalidad de los agentes de la Administración y los habitantes. Esta generalidad se da "in abstracto" y existe aún cuando los destinatarios de las mismas resulten ser pocos o ninguno. Con los reglamentos externos la administración regula determinadas materias, en lugar del legislador mediante leyes. Aunque subordinados a éstas, constituyen a su vez verdaderas leyes en sentido material, puesto que estatuyen en materia reservada a la ley y en nuestro régimen constitucional, sólo pueden ser dictados por expresa autorización legislativa. Constituyen la más copiosa fuente del DA.

Es el uso extensivo de ésta fuente reglamentaria el que confiere al DA su característica adaptabilidad y movilidad que lo distingue del derecho privado y del restante derecho público; sólo pueden ser dictados por el órgano con facultad reglamentaria y el recurso contencioso-administrativo procede sólo contra el acto administrativo individual, que es la aplicación del reglamento a una persona o grupo de personas.

No debemos confundir “reglamento administrativo” con “leyes reglamentarias”; los reglamentos desarrollan, ejecutan o ejercitan disposiciones legales y son dictados por la autoridad administrativa. Las leyes reglamentarias reglamentan disposiciones constitucionales y son dictadas por el Congreso. La diferencia fundamental radica en los órganos que los dictan y en la subordinación de los reglamentos administrativos a las leyes.

6.- Diferentes clases de reglamento.

El acto administrativo puede ser de 2 clases: el reglamentario, generador de disposiciones obligatorias de carácter general (reglamento, decreto, edicto); y el acto administrativo individual, que es la aplicación de la ley o del reglamento a una persona o grupo determinado de personas.

Se distinguen 3 clases de reglamentos:

Interno: que va dirigido y obliga a los agentes de la administración en su totalidad o de un Ministerio, división o repartición determinada de la misma. No requiere ser publicado pero si deben ser comunicado por cualquier medio idóneo como circulares, avisos en tableros, etc., para el conocimiento de los obligados. Tiene competencia para dictarlos el Presidente de la República (238 inc. 3) para toda la administración pública, incluso para los entes descentralizados en materias que no estén especialmente regladas en sus respectivas leyes orgánicas. También tienen competencia las autoridades que por ley o reglamento de organización administrativa o por facultad implícita en el orden jerárquico, pueden reglar la actuación de sus subordinados.

Se los distingue también como reglamento orgánico, órdenes generales, instrucciones generales de servicios, según su contenido. No van dirigidos a un agente o grupo determinado de agentes designados por sus propios nombres, sino a la generalidad de ellos dentro de una sección administrativa, un Ministerio o toda la administración pública.

Externo: que contiene disposiciones obligatorias para la generalidad de los habitantes, en materias determinadas, dentro de circunscripciones territoriales delimitadas. Debe ser publicado por cualquier medio idóneo para el conocimiento de los obligados (prensa, carteles, señales, radio, tv, etc., y será exigible su cumplimiento, si el reglamento no dispone otra cosa, desde el día siguiente de su publicación. Sólo pueden ser dictados por la autoridad administrativa con expresa autorización legislativa, para materias y condiciones limitadas, en virtud de prescripciones constitucionales.

Su denominación por los autores varía según el órgano que los dicta: reglamentos autónomos, por una institución autónoma; delegados, por emanar de una delegación legislativa; de policía, sanitario, económico, según su materia; y según el uso de los países. En nuestro país se llaman ordenanzas los dictados por la municipalidad, edictos los de la policía, decretos los del ejecutivo, resoluciones los del BCP, todos los cuales son técnicamente reglamentos siempre que contengan mandatos para la generalidad de los habitantes de todo el territorio o de una circunscripción territorial determinada.

De ejecución: dictado para el mejor cumplimiento de la ley. No puede crear obligaciones o prohibiciones nuevas o agravar las establecidas en la ley a título de reglamentación, sino proveer las disposiciones necesarias para el mejor cumplimiento e la ley. Debe ser publicado en la misma forma que el reglamento externo y entrará en vigencia, si el mismo no dispone otra cosa, desde el día siguiente de su publicación. Los puede dictar el P. Ejecutivo según las atribuciones que le asigna la Constitución en el art. 238 inciso 3.

Todos los reglamentos ejecutan la ley, pero el de ejecución lo hace en forma más notoria y estricta: detalla, explica el texto legal y adopta las providencias necesarias para la mejor ejecución de la ley. Esta facultad puede ser descentralizada por ley a órganos dependientes del ejecutivo. Si coexiste un reglamento de ejecución dictado por el Ejecutivo y otro dictado por un ente descentralizado, prevalece el dictado por el Ejecutivo.

7.- Ambito de vigencia en el Espacio.

La ley, ya sea fundamental, formal o material (reglamento) tiene vigencia o rige dentro del territorio, si bien puede alcanzar a las personas domiciliadas en el extranjero, por los bienes que tengan o por la actividad que desarrollen en el país. Dice el anteproyecto: la ley rige en el territorio nacional o dentro e las circunscripciones territoriales de las instituciones administrativas que las tienen delimitadas (por ejemplo ordenanzas municipales, edictos de policía, etc.).

8.- Posibles conflictos en la aplicación de reglamentos de circunscripciones territoriales internas y su solución.

En la aplicación de reglamentos territorialmente circunscriptos, como las ordenanzas de determinada municipalidad y las de otra colindante, se suscitan conflictos que se resuelven por los criterios o principios del Derecho Internacional Privado, salvo disposiciones legales especiales. Pro ejemplo: patente del auto: según la ordenanza municipal del domicilio del propietario del mismo (lex domicilii). Patente comercial e industrial: según la que rija en el asiento de los negocios o en el de situación de los bienes (lex rei sitae). Formalidad de los actos y documentos (como el registro de conductor), en el lugar en que se emitan o celebren dichos actos y documentos (locus regit actum). Análogas soluciones deben buscarse para los posibles conflictos entre edictos emanados de diferentes circunscripciones policiales.

Solución: para evitar los señalados conflictos, y por razones e carácter técnico, existe una tendencia a centralizar y someter a reglamentación nacional, y no local, gran parte de lo referente a tránsito, documentación personal, etc.

9.- Límites de vigencia en el tiempo.

Tiene plena aplicación, tanto para las dictadas por el congreso como para los reglamentos, la prohibición de retroactividad consagrada en la Constitución, que expresa: "Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o condenado. "Ninguna" dice el texto constitucional. No hay vuelta que dar, las leyes rigen para el futuro.

10.- La prohibición constitucional de retroactividad y su discusión.

La pregunta es: cuándo una ley o reglamento es retroactivo y cuándo no. El criterio generalmente seguido es el del Código Civil, que dice las leyes disponen para el futuro, no tienen efecto retroactivo no pueden afectar derechos adquiridos. Las leyes nuevas deben ser aplicadas a los hechos anteriores sólo cuando priven a las personas de meros derechos en expectativa o de facultades que les sean propias y no hubiesen ejercido. O sea la ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos y no lo es cuando suprime o modifica derechos en mera expectativa.

Pero no puede darse una distinción precisa entre una y otra clase de derechos. Más clara y fecunda en soluciones prácticas es la distinción adoptada por Marcel Planiol, de "efectos de un derecho ya realizados" y "efectos futuros". Se debe mencionar a los derechos y también a las obligaciones, sobre todo en DA. Es así que dice el anteproyecto: una nueva ley puede disponer que rija exclusivamente para los hechos y sus efectos que se produzcan en el futuro, o también, sin que se la considere retroactiva, para los derechos aún no ejercidos u obligaciones aún no extinguidas provenientes de hechos pasados. Si la ley nada dispone acerca del ámbito temporal de su vigencia, debe entenderse que tendrá aplicación exclusivamente para hechos que se produzcan en el futuro. En materia penal, sea administrativa o criminal ordinaria, una nueva ley sólo podrá tener este alcance restrictivo. (sólo para el futuro, salvo que sea más favorable). Esta mayor amplitud de vigencia se dará probablemente en las llamadas leyes de orden público.

Ejemplos: si un hecho o acto jurídico agota sus efectos (derechos u obligaciones) sin prolongación en el tiempo, no hay duda que debe regirse por la ley bajo la que se ha producido y terminado. Por ejemplo el voto que es válido según la ley vigente en el momento e su emisión, aunque una posterior exija nuevos requisitos. Si prolonga sus efectos en el tiempo, al ser dictada una nueva ley, pueden existir derechos ya ejercidos o perfeccionados y obligaciones extinguidas, que son definitivamente del pasado, por ejemplo el permiso de edificación ejercido con la construcción de la obra, la jubilación cumplida por el transcurso del tiempo aunque el beneficiario no haya reclamado aún su derecho, y de obligación extinguida como el pago de impuestos. La nueva ley que afecte las situaciones descritas sería evidentemente retroactiva. En cambio si ella afectara derechos aún no ejercidos, como el permiso de edificación aún no ejercido o concretado con la construcción de la obra, jubilación aún no perfeccionada por falta de tiempo, o impuesto no pagado en fecha; no sería en realidad retroactiva, pues sólo alteraría derechos y efectos pendientes de realización, u obligaciones que, mientras no sean pagadas, existen en el presente. El legislador puede disponer que rija exclusivamente para el futuro y así debe entenderse cuando la intención legislativa no es expresa; o puede disponer que rija para los derechos aún no ejercidos o perfeccionados y obligaciones no cumplidas, emergentes de hechos anteriores. Pero sólo el legislador puede extender el ámbito de vigencia, no el intérprete, porque al lindar con la retroactividad requiere de razones justificativas que sólo el legislador tienen facultad de evaluar.

11.- Leyes de Orden Público.

Se define comúnmente como leyes de orden público a aquellas en que prima el interés general sobre el particular, y en éste concepto se incluye a todas las leyes administrativas. Pero esta definición no es satisfactoria porque no hay una diferencia radical entre interés público o general y privado o particular: el interés general está constituido por la suma de los intereses particulares o privados. Además las leyes que organizan servicios y empresas públicas o estatales se remiten en gran medida al Derecho Privado, por lo que no puede afirmarse que sean en su totalidad de orden público, aunque su finalidad sea de indudable interés general.

El Prof. Borda identifica las leyes de orden público con las leyes imperativas, que son irrenunciables, en tanto que las orden privado serían las permisivas, por tanto renunciables, pero esta distinción puede caer en una petición de principio, definiendo como de orden público a las irrenunciables y de orden privado a las renunciables; además las permisivas serían renunciables sólo por los particulares a ciertos derechos concretos, nunca la renuncia general de derechos. En cuanto a los agentes de la administración, cuando en ciertos casos la ley les permite adoptar o no determinadas medidas, si lo hacen no es porque renuncien a tomar tales medidas sino porque dentro del arbitrio que les concede la ley no están dadas, a su juicio, las condiciones para adoptarlas. No es la autonomía de la voluntad reconocida a las personas de derecho privado.

Para evitar dudas, el legislador debe establecer la posibilidad de renuncia y su alcance. Así, lo más que puede hacer el intérprete es razonar del siguiente modo: teniendo en cuenta los fines del régimen creado en una ley o reglamento, en la hipótesis de que la renuncia – aunque sea limitada a un caso particular - podría generalizarse dejando sin aplicación y frustrando los fines de la ley, la conclusión fundada en la misma ley sería que la renuncia no puede ser admitida.

12.- Doctrina y Principios Generales del Derecho.

Se entiende por Doctrina a la enseñanza de los autores y de los Profesores de Jurisprudencia. Tiene especial importancia y frecuente aplicación en DA porque éste no está codificado y existen muchas lagunas que deben ser llenadas con las normas más justas en cuanto sean compatibles con los principios fundamentales del Derecho Público, teniendo en cuenta el principio de plenitud hermética del orden jurídico.

Ante la falta de un precepto especial, se permite deducir de los supremos principios del Estado de Derecho, la norma a aplicar al caso particular, lo que es justo en todas las circunstancias. En el DA, en el orden de prelación de sus fuentes, la Doctrina y los Principios están ubicados jerárquicamente en tercer lugar, por debajo de la Constitución, ley y reglamento y de las disposiciones análogas de esas mismas fuentes.

13.- Derecho Supletorio.

Puede ocurrir que una cuestión no esté resuelta en la ley ni se hayan ocupado de ella los autores de DA; pero puede ser que esa materia haya sido ampliamente elaborada por el DP. Entonces puede tener aplicación como Derecho Supletorio el Derecho Común (o Privado), en cuanto se concilie con las exigencias especiales de las cuestiones jurídico-administrativas.

14.- Jurisprudencia y práctica administrativa.

La Jurisprudencia consiste en la decisión constante y uniforme - en un mismo sentido - de los Tribunales en la aplicación de las leyes administrativas. En realidad no es una fuente autónoma, porque las decisiones judiciales varían con el tiempo y deben estar fundadas siempre en la ley, la doctrina o los principios fundamentales del derecho. Por ello se la puede considerar como fuente coadyuvante, ya que sirve al mismo tiempo que las otras. También como fuente coadyuvante, pero de jerarquía o valor inferior, debe comprenderse a la práctica administrativa, que es la aplicación fundada y razonada de las leyes por la autoridad administrativa. La Jurisprudencia y la práctica administrativa tienen aplicación paralela a las fuentes que le preceden en jerarquía, por cuanto concurren para fijar la interpretación del texto legal expreso, decidir acerca de cuáles son las disposiciones análogas o aplicar la doctrina más autorizada.

No hay que confundirla con la rutina administrativa que es la práctica sin razón valedera, mera inercia de la acción administrativa.

15.- Eficacia de los Usos y Costumbres en DA.

El derecho está monopolizado por la ley, por eso en principio, los usos y costumbres no pueden tener eficacia creadora o derogatoria, salvo que la ley les atribuya tales efectos. En DA no pueden crear derechos ni deberes para los particulares, porque no pueden impedir que las autoridades administrativas ejerciten las facultades para dictar normas que contraríen los usos y costumbres existentes; y porque la Constitución prescribe que nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Puede ocurrir que cuando desaparezcan ciertas circunstancias que se han tenido en vista para dictar una ordenanza o un edicto, o por cambio de criterio, deje de tener aplicación ese edicto o esa ordenanza anacrónica; pero eso no es derogación sino inaplicabilidad por desaparición de las circunstancias que les dieron origen.

16.- Orden de prelación de las Fuentes.

La autoridad administrativa, igual que el Juez, no puede negarse a resolver las cuestiones que le plantean los particulares, so pretexto de silencio u obscuridad de la ley, por consecuencia del derecho constitucional de petición a las autoridades que entonces no tendría vigencia o sentido. (art. 40 de la Const.)

Sobre el punto dice el anteproyecto: "Tienen aplicación en DA: 1) el texto expreso de la Constitución, de la ley y del reglamento, 2) disposiciones análogas de las mismas fuentes, 3) Principios Generales y Doctrina del DA, 4) fuente supletoria de otras normas de Derecho Positivo, 5) Jurisprudencia como fuente coadyuvante de todas las demás, en el orden indicado. (obs.: la numeración es mía).

Entonces, si no existe texto expreso de la ley, que resuelva la cuestión, debe investigarse disposiciones análogas en otras leyes administrativas. Si no las hay debe recurrirse a los Principios Generales del Estado de Derecho y a la Doctrina del DA, y así sucesivamente, en el orden indicado. La excepción más importante a éste orden es que no se pueden crear penas ni tributos mediante disposiciones análogas o doctrinales.

17.- Relaciones con otras disciplinas jurídicas.

- **Con el Derecho Constitucional:** guarda una relación de subordinación que se expresa según la metáfora de un autor (Berthélemy): los preceptos constitucionales constituyen los títulos de los capítulos del DA. El DA es su ejecución y desarrollo, formando un contexto que no puede separarse del D. Constitucional, al punto que a menudo se resuelven cuestiones jurídico-administrativas sin mediación de la ley, con aplicación directa de los preceptos constitucionales, como la igualdad ante la ley, la no retroactividad, el derecho de petición, la inviolabilidad de la defensa en juicio, etc.

Con el Derecho Civil: que es de elaboración más acabada y antigua, le sirve de modelo al DA. Por ejemplo la teoría del acto jurídico administrativo está calcada sobre la teoría del acto jurídico privado. **Con el Derecho Procesal Penal y el Procesal Civil:** sus relaciones son obvias, porque hay un derecho Procesal administrativo y también un Derecho Penal Administrativo.

18.- Relaciones con la Ciencia de la Administración:

Como ciencia económica aplicada que es, la Ciencia de la Administración enseña el mejor modo de aplicación de los medios con se cuenta (jurídicos, tecnológicos, etc.) para obtener un mejor resultado útil. Salta la vista la relación que existe entre Ciencia de la Administración y Derecho Administrativo, que debe acoger y conformar sus normas a las recomendaciones de aquélla. En este sentido es una fuente prejurídica para la creación de

normas administrativas, y después de creadas estas, puede servir de fuente de interpretación para aplicarlas de modo que resulte más acorde con las enseñanzas de la Ciencia económico-administrativa. Sus principios son aplicables tanto a la administración privada como a la pública, excepto en ciertos aspectos de ésta, por ejemplo la delegación de autoridad que no es admisible sin expresa autorización de la ley.

19.- Codificación General o Parcial.

Una codificación general de las leyes administrativas no es posible ni recomendable. A ello se oponen no sólo razones de buena técnica legislativa, sino también la singularidad que caracteriza a determinadas instituciones administrativas. La codificación general sería imposible por la heterogeneidad de las materias contenidas en las leyes administrativas y sería indeseable por el dinamismo del DA, que lo hace esencialmente modificable; y una codificación general paralizaría su necesaria adecuación a las transformaciones económicas y sociales y hasta a los cambios tecnológicos e ideológicos de nuestro tiempo.

Codificaciones parciales sí son posibles y convenientes, como un código de procedimientos administrativos, que sería útil y no estaría sujeto a cambios constantes, pues serviría cualesquiera fuesen las transformaciones de las leyes administrativas de fondo.

20.- Método de estudio y exposición:

En las materias codificadas, los estudiosos pueden seguir el orden sistemático de la legislación positiva, pero en DA en el que no hay un código general y existe la más grande heterogeneidad en las leyes, el que lo estudia crea su propio método o sistema o adopta el generalmente seguido en las obras de los autores, valiéndose de la legislación positiva para apoyarse y ejemplificar sus conclusiones. (cada uno hace lo que puede, por ejemplo yo.)

LECCIÓN III

Actividad Jurídica Administrativa

1.- Actividad Jurídica Administrativa.

En la AP se realizan toda clase de actos: materiales (ejecutados por dactilógrafos, obreros, etc.); intelectuales; técnicos (como el trazado de planos de una ruta por un ingeniero); y actos jurídicos, es decir con fuerza de obligar, generadores de normas jurídicas (dictar reglamentos, aplicar sanciones). Todos son actos administrativos, pero sólo los actos jurídicos administrativos son estudiados por el DA.

2.- Fases estática y dinámica del Derecho.

Una norma o conjunto de normas es algo estable, estático, pero eso no quiere decir que no esté sujeto a un proceso dinámico de creación y ejecución. El DA crea normas generales, pero menos generales que las de la Constitución mediante los reglamentos, y los ejecuta mediante los actos administrativos individuales. Así el DA puede ser estudiado bajo su faz estática: las normas establecidas; y en su proceso dinámico que consiste en la creación y ejecución de las mismas normas. El momento dinámico se da en el acto administrativo, que es el núcleo o materia propia del DA. En DA no se estudian en particular leyes y reglamentos administrativos, sino las reglas, pautas y criterios para su correcta ejecución, es decir la Juridicidad o antijuridicidad de la actuación de los agentes y sus consecuencias.

3.- El acto administrativo y la norma jurídica resultante.

El acto administrativo crea normas jurídicas generales (reglamentos) o individuales (resoluciones, órdenes). La denominación “acto administrativo” destaca el momento dinámico del proceso, la acción; pero deja sin connotación el precepto jurídico resultante. Por eso debemos tener en cuenta que con “acto administrativo” se quiere significar no sólo el acto, sino también la norma jurídica por él creada. Por ello es más apropiado el nombre de “resolución administrativa”, que es más comúnmente usado en la práctica y que designa gramaticalmente tanto la acción como el efecto de resolver. Con todo, el nombre técnico adoptado es “acto administrativo” y sólo resta entender el sentido en que es empleado: forma o procedimiento del acto y ejecutoriedad de la norma por él creada.

4.- Condiciones de regularidad y validez.

El acto administrativo es regular y por consiguiente válido, si se conforma con las normas reglamentarias legales y constitucionales; y a las disposiciones reglamentarias que no son sino desarrollo y ejecución de las leyes.

La Constitución establece su supremacía y enuncia el derecho positivo nacional en un orden de prelación específico (137), expresando que cualquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos por ella, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán por ley. También dice que ella no perderá validez si dejara de observarse por actos de fuerza o fuera derogada por cualquier medio distinto del que ella dispone; que carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido por ella.

Esta exigencia de regularidad, enunciada de manera general, puede ser examinada bajo diferentes aspectos que suelen ser presentados como elementos o requisitos del acto administrativo, que en realidad son sus condiciones de regularidad y validez: **Motivación del acto** o presupuesto de hecho, que se expresa en el “Resultando”. **Condición de fondo**, o autorización legal expresa, tácita o implícita para adoptar la medida, y que se expresa en el “Considerando”. **Competencia** para dictarlos: que si no está prescrita en la Constitución, sólo puede ser otorgada por ley o reglamento expresamente autorizado por ley. **Forma** prescrita por la ley o en su defecto la forma escrita siempre que sea posible. **Procedimiento** al que debe ceñirse el acto, prescrito por la ley o el reglamento.

5.- Condición de fondo.

La 1ª condición es la relativa a lo que se llama “fondo, contenido u objeto del acto”, que es la medida que la autoridad administrativa está autorizada a tomar y que constituye su poder jurídico. Es el Principio de legalidad de la administración, sin él no hay tal poder. El Principio de legalidad de la Administración es una de las grandes conquistas de nuestro tiempo, consistente en el total sometimiento de la Administración a la Ley. Sustenta que ninguna actividad del P.E. o de su administración puede realizarse sino bajo un mandato expreso de la ley.

Radical diferencia de la “Legalidad” del acto administrativo, de la “Licitud” del acto jurídico privado.

En este punto, el agente estatal se encuentra en una posición radicalmente diferente a la de las personas del DP, para las que rige la regla: “está permitido todo lo que no está prohibido”, que es el principio de “licitud” del acto jurídico privado. En cambio, la autoridad administrativa no puede limitarse a verificar si el acto no le está prohibido, sino que debe asegurarse que el mismo acto esté positivamente autorizado, que es en lo que consiste el principio fundamental de legalidad del acto administrativo, distinta a la “licitud” del acto jurídico privado.

6.- Autorización legal expresa e implícita. Contenido del “Considerando”.

La autorización legal que necesita la autoridad administrativa para adoptar la medida, objeto de su propio acto o resolución puede ser expresa, tácita o implícita. En determinadas materias, como por ejemplo imposición de sanciones, recaudar tributos o dictar reglamentos mediante la facultad reglamentaria, la autorización tiene que ser necesariamente expresa en virtud de prescripciones constitucionales, exigencia que rige siempre que se trate de materias reservadas a la ley. En muchos otros casos puede ser implícita, como la que tiene el superior jerárquico para dar órdenes de servicio, comprendida en el poder jerárquico. La autorización o fundamento legal

se expresa en el “Considerando” del acto administrativo formal, pudiendo ser una indicación somera o tácita si la cita es obvia; pero siempre exigible, aunque el acto sea informal.

Es materia reservada a la ley el imponer sanciones y prohibiciones a los habitantes, que se extiende en general a la reglamentación legal de derechos y garantías. Si las medidas afectan a los agentes de la administración, ellas están comprendidas entre las atribuciones constitucionales del P. Ejecutivo. El directorio de una institución autárquica queda autorizado a celebrar actos jurídicos de derecho privado con la sola atribución de personalidad jurídica atribuida por ley a la institución. Normalmente la medida autorizada está contenida en una ley, como los impuestos en la ley tributaria, los gastos previstos en la ley de presupuesto, etc. es cada vez más frecuente que las medidas que pueden adoptar las autoridades administrativas estén previstas en reglamentos, autorizados a su vez por la ley, mediante verdaderas delegaciones legislativas. En cambio son contados los casos en que el acto administrativo es aplicación directa de la Constitución (son los llamados actos de gobierno que hace Lucho).

7.- Presupuesto de hecho: motivación del acto administrativo.

La autorización para obrar es conferida por la ley a las autoridades en relación a ciertos hechos o circunstancias. Este elemento fáctico es tan esencial como la autorización legal; y es tan esencial al acto que es inconcebible una norma jurídica no referida a hechos que constituyen su fundamento. A la autoridad administrativa se le presentan hechos inexcusables, o se le confía la estimación de las circunstancias para que ejerza facultades discrecionales. El conjunto de motivos que obligan a la autoridad, fundada en ley o reglamento, a emitir el acto se llama con propiedad: Motivación del acto administrativo.

Se denomina “motivo” a la causa, razón o fundamento de un acto en el derecho. Podemos afirmar que la motivación viene a constituir la exposición de motivos que realiza la administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto o de la resolución misma. Es la declaración en la que se exponen los hechos y el derecho que justifica a la administración a adoptar una determinación. La motivación, si bien hace al contenido del acto, está también relacionada con la forma, como conjunto de solemnidades que deben cumplirse al tiempo de la formación del acto, pero no es una cuestión de forma sino de sustancia, que hace al contenido del acto y a la razonabilidad de la decisión adoptada.

Se dice también que constituye los motivos-presupuestos que ha tenido en cuenta el ente administrativo para tomar una determinación, en cumplimiento de un fin, que no puede ser otro que el interés público. En la práctica administrativa la motivación precede a la parte dispositiva, con una explicación o justificación sucinta de las razones de la administración: Todo acto debe tener un móvil, una causa jurídica que puede ser exteriorizada no sólo para conocimiento de los afectados, sino como garantía de la legitimidad del mismo. La doctrina se halla dividida en cuanto a la obligación de la motivación de los actos administrativos, algunos afirman que la falta de fundamentos no afecta la validez del acto, toda vez que la decisión sea clara y precisa, pero hay quienes afirman que su omisión determina la nulidad del acto. No existe en el derecho paraguayo una ley que reglamente o exija la motivación de los actos administrativos, había un decreto de 1940 que reglamentaba la constitución de ése año, en cuanto a la forma de los actos del Ejecutivo y los Ministros. Es la legislación la que debe determinar qué actos deben ser motivados y cuáles no. No puede exigirse que la motivación conste por escrito, si la ley no lo exige, lo cual no exime de motivación al acto, lo que debe considerarse inexcusable y estará en todo caso supuesta o tácita en el acto, pronta a ser probada y justificada si llega a ser contestada. Hay un criterio predominante sobre la conveniencia de la motivación, argumenta que contribuye a: crear un medio de prueba, de interpretación del acto, contralor del acto, finalidad. Puede constituir una prueba, no sólo para la administración de que ha obrado en ejercicio de su competencia, aplicando correctamente las normas a las circunstancias determinantes, sino también dentro del proceso en sede administrativa o judicial.

La doctrina señala los actos que deben motivarse necesariamente, coincidiendo en que los provenientes de una facultad discrecional son los que primordialmente deben ser motivados. Entre los más citados encontramos: los actos que implican un juicio de la administración, cuando el acto impone obligaciones o prohibiciones; la extinción y revocación de una decisión; los que impliquen cambios en la práctica administrativa; los que concedan autorización, concesión o privilegio; los que resuelven recursos administrativos, las sanciones disciplinarias, las sanciones administrativas para el usuario; la aplicación de multa, recargos e intereses o cualquier otra pena pecuniaria. (Chase Plate, Motivación del acto Jurídico).

Contenido del Resultando.

En un acto administrativo formal, como un decreto del P. Ejecutivo o en la Sentencia Judicial, la relación de hechos está contenida en el “Resultando”. Aún en los informales, el acto o resolución debe responder al hecho o circunstancia que ha tenido en vista la ley o reglamento para autorizarlo, motivación que se considera causa del acto y que debe ser expresa cuando resuelve una cuestión controvertida o rechaza un recurso, siendo a cargo de la administración la prueba del hecho, a menos que exista una presunción legal que la exonere de ella.

8.- Competencia.

Es la atribución legítima de potestad o facultad a la autoridad administrativa para el conocimiento o resolución de un asunto. No basta que la autorización. Esté dada, siempre es necesario que quien la ejercite sea el órgano autorizado. Generalmente ambos requisitos van unidos porque raras veces la ley autoriza a tomar medidas sin señalar al mismo tiempo cuál es el órgano autorizado. Cuando la ley omite designar al órgano competente, para decidir sobre la competencia, hay que recurrir a las fuentes constitucionales y leyes orgánicas. La competencia puede ser dada en razón de la materia o del territorio o por conexión o por razón múltiple. La competencia es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuviesen expresamente

autorizadas. Los conflictos de competencia serán resueltos de oficio o a instancia de parte por el superior jerárquico común más cercano a los órganos intervinientes. Los conflictos entre órganos judiciales y administrativos lo serán por la C.S. de Justicia.

Sobre el punto dice el anteproyecto: la creación de los órganos y el deslinde de su competencia es materia reservada a la ley y por delegación de ésta, a los reglamentos del P. Ejecutivo y de las entidades descentralizadas. A falta de disposición legal o reglamentaria, es aplicable la designación, ubicación jerárquica (línea de autoridad) y competencia indicadas en la ley del presupuesto. Si tampoco hay designación en la ley del presupuesto, puede designarla el P. Ejecutivo, entre los más afines a un Ministerio. (Ver art. 9 al 13 antep.). Una cosa es la medida autorizada en sí, que es la materia; y otra cosa es la competencia en sentido relacional, que apunta al órgano. Por eso se dice materia de competencia del tal órgano.

Competencia del Presidente de la República.

El principio fundamental de la división constitucional de poderes, consiste justamente en la atribución de competencias, correspondiendo al P. Ejecutivo la ejecución de las leyes y la administración que tiene ése mismo objeto. Dicta instrucciones y reglamentos para la ejecución de las leyes y tiene a su cargo dirigir la administración general del país; cumple y hace cumplir la Constitución y las leyes; participa en su formación, las promulga y las hace publicar, las reglamenta y controla su cumplimiento. Así existe la materia reservada al P. Ejecutivo, sintetizada en las atribuciones constitucionales del artículo 238.

Recordar que tiene competencia para dictar los reglamentos internos y de ejecución, el Presidente de la República (238 inc. 3) para toda la administración pública, incluso para los entes descentralizados en materias que no estén especialmente regladas en sus respectivas leyes orgánicas. También tienen competencia las autoridades que por ley o reglamento de organización administrativa o por facultad implícita en el orden jerárquico, pueden reglar la actuación de sus subordinados.

De los Ministros.

La distribución de competencia entre los ministerios está establecida según las materias, por las leyes que han creado los diversos ministerios. La constitución dice que las funciones de los Ministros del P.E. son la dirección y la gestión de los negocio\$ público\$ y que su número y funciones serán determinados por ley. Son los jefes de la administración de sus respectivas carteras, promueven y ejecutan la política relativa a las materias\$ de su competencia.

En materias como protección, estímulo o fomento de actividades privadas, que no comporten obligaciones o prohibiciones para los habitantes, basta con la asignación legal de recursos a un ministerio en la ley de presupuesto para que pueden ejercer la competencia que la ley les asigna. Si las medidas importan obligaciones o prohibiciones a los habitantes, la enumeración de las materias a cada ministerio en la ley, establece la competencia del respectivo ministerio para su ejecución.

De los demás órganos del Poder Ejecutivo.

En la vasta y compleja administración de nuestros días, la competencia para la ejecución de la ley no puede estar centralizada en los ministerios, sino que es necesario distribuirla entre una multitud de órganos, rigurosamente subordinados la mayoría y relativamente autónomos y autárquicos algunos. El principio es que ningún órgano puede crearse a sí mismo y atribuirse competencia, sino que esto debe hacerse por una norma superior que será por él ejecutada o aplicada. Los órganos de ejecución o aplicación de la ley deben estar designados en la ley, con las limitaciones derivadas de prescripciones constitucionales.

La ley no puede designar órganos con competencias que no sean las reservadas para cada uno de los poderes. Si la ley no lo hace, entran en juego las facultades constitucionales de organización del P. Ejecutivo, que tiene a su cargo "la administración general del país". Debe designar a los órganos de ejecución con las siguientes limitaciones: designar órgano de ejecución por materias dentro de los respectivos ministerios, no puede designar órganos de ejecución sino dentro y con las asignaciones previstas en la ley de presupuesto; la competencia atribuida a un órgano no puede ampliar o restringir las facultades insitas en la ley que ha de ejecutarse ni puede interferir en la competencia de las instituciones autónomas. Es el legislador el que debe autorizar expresamente a las entidades descentralizadas a designar sus propios órganos y determinar las respectivas competencias.

Dice el anteproyecto que una institución descentralizada puede crear órganos y asignarles competencia para ejercer atribuciones que no estén conferidas por ley a determinados órganos de la misma, para el ejercicio de alguna o algunas de las atribuciones legales de la institución, dentro de las previsiones de su propio presupuesto.

9.- Forma.

Forma es la manifestación exterior del acto. Todo acto administrativo tiene su forma, cualquiera que ella sea. En lenguaje jurídico se llaman formales los actos que tienen prescrita una forma determinada y no formales los demás. En éste sentido el Acto administrativo es menos formal que el judicial. Debe observarse la forma prescrita por la ley y, en su defecto, la forma escrita, siempre que sea posible y que el acto tenga vigencia duradera o sea indispensable para la certidumbre y seguridad jurídicas. Fuera de estas consideraciones el acto puede ser verbal o manifestarse por signos. Si es instrumentado por medios mecánicos, debe darse a entender sin ninguna duda su contenido y la autoridad u órgano que la emite.

Sus diversas clases:

Forma escrita: siempre que sea necesaria y posible, aunque la ley o reglamentos no la prescriban, se impone por razones de certeza y seguridad. Ejemplo: nadie será detenido ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente (12º Const.).

En el ejercicio de facultades discrecionales, es de gran valor que el acto sea motivado y fundado a fin de que el particular afectado y los tribunales en su caso, no tengan dudas acerca de la razonabilidad y juridicidad de la medida aplicada. El decreto de 1940 del que hablábamos supra, prescribía: N° de decreto o resolución, lugar y fecha, relación del expediente o de los hechos (motivación); las disposiciones aplicables y la parte dispositiva. Esta forma puede servir, aunque no exista disposición actual que la establezca, como modelo aplicable en cuanto sea posible para toda resolución administrativa definitiva que resuelva derechos u obligaciones de los particulares o establezca deberes permanentes para los funcionarios.

Forma Verbal: la forma puede ser y lo es con frecuencia, verbal, como las órdenes de los superiores jerárquicos a sus subordinados.

Forma Implícita: como el cobro de tasas municipales a vendedores ocupantes de plazas y veredas, lo que implica permiso de ocupación del dominio público.

Forma Tácita: sería dada con el silencio de la administración, como tolerancia a determinada conducta de los particulares; o como admisión o negativa a peticiones o recursos de los mismos. Pero **OJO**, como no hay acto jurídico sin manifestación externa, el silencio no puede constituir un acto jurídico administrativo. Constituye sí una omisión, es decir, un hecho de conducta y como tal la ley puede atribuirle ciertas consecuencias jurídicas. Este es el sentido que hay que dar a los efectos jurídicos imputables al silencio de la administración por disposición de la ley (**OJO**, es hecho jurídico, no acto jurídico). Lo que no debemos olvidar es que la voluntad expresa es la regla, la tácita es la excepción.

El silencio de la administración. La resolución ficta.

Si en derecho privado los efectos del silencio son atribuidos por ley, con mayor razón así debe ser en derecho administrativo, en que los órganos estatales no tienen voluntad libre sino sujeta a la ley. En derecho privado el silencio ante un requerimiento de respuesta se considera como afirmación. En derecho administrativo o público el silencio de la administración ante una petición del administrado se considera una negación. Este es el sentido que la ley atribuye el silencio administrativo y como hay que darle un nombre al efecto jurídico de este hecho, porque no es propiamente acto administrativo, se le denomina comúnmente **Resolución Ficta**; que es el efecto jurídico imputable al hecho del silencio de la administración, por disposición de la ley. Ya vimos que la voluntad puede ser expresa cuando la conducta de la administración se exterioriza en forma escrita o verbal, por símbolos o signos. La voluntad es tácita cuando el silencio de la administración, por expresa previsión de la ley (art. 40 C.) es considerado no acto sino hecho administrativo. Nace así un acto derivado no de una acción, sino de una omisión, un acto presunto que por atribución legal le dice al administrado que no tiene razón.

Por eso es de la máxima importancia el artículo del anteproyecto que sobre la falta de pronunciamiento expresa: si no se dicta la resolución definitiva dentro de los plazos establecidos (3 días para providencias de mero trámite, 10 p/ resoluciones interlocutorias, 20 p/ definitivas), la parte interesada tendrá la opción de dar por denegada su petición, a los efectos de recurrir a la vía contencioso-administrativa o la civil (amparo) según el caso o de interponer el recurso jerárquico en el cual, si la autoridad jerárquica no se pronuncia dentro del término respectivo, se tendrá igualmente por denegada la petición, a los efectos del recurso contencioso-administrativo o la acción civil antedichos. La autoridad que dictó la resolución concederá el recurso jerárquico y elevará sin más trámites el expediente al superior. El término para que éste dicte resolución empezará a correr desde la fecha en que el interesado pida a éste efecto despacho, según constancia de la mesa de entradas. Igualmente dispone: **Efecto positivo** si los hechos y derecho invocados por la parte interesada fuesen manifiestos y justificados, de suerte que la autoridad administrativa debía acceder necesariamente y sin más trámites a lo petitionado, el Tribunal en lo contencioso-administrativo podrá atribuir efecto favorable al particular al silencio de aquella y admitir el recurso sumariamente, como se dispone en el siguiente capítulo. Todo esto es en busca de la mejor justicia para el administrado.

Necesidad de reglamentar el artículo 40 de la Constitución Nacional.

Nuestra constitución prescribe en el artículo 40: "Del Derecho a petionar a las autoridades", que "Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a petionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley (reglamentaria) determine. Se reputará denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo". Entonces quiere decir que el silencio de la administración debe considerarse negativamente, es decir que deniega o desestima la petición del administrado.

Quiere decir que la inercia de la administración equivale, a los efectos procesales, a la denegación. Sabemos por la Doctrina del derecho comparado, que la administración tiene el deber de resolver en forma expresa y dentro de un plazo determinado. Por eso se trata de paliar el retraso de la autoridad (administrativa en nuestro caso) estableciendo el silencio como resolución ficta con interpretación denegatoria, presumiendo que la administración ha actuado. Entonces, aunque no haya prescripción legal expresa, la autoridad está obligada a pronunciarse en general sobre las peticiones que formulen los particulares y especialmente sobre los recursos interpuestos por los mismos.

La pregunta es: ¿qué "derecho" sería el de petición que se agotara con su sola presentación, sin la obligación correlativa de la autoridad de pronunciarse acerca de ella?. Sería un medio para impedir, como ocurrió y ocurre de hecho, que el particular interponga los recursos pertinentes, a falta de una resolución contra la cual oponerlos. Situación que se vuelve más grave cuando la ley exige agotar los recursos administrativos, como

requisito previo para oponer el recurso contencioso-administrativo. Aun así debemos tener en cuenta que el artículo 45 de la Constitución prescribe expresamente que : "...La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía". De cualquier manera es necesario reglamentar este artículo, porque la falta de reglamentación constituye una forma de limitación de los derechos. Si el derecho de petición no está reglamentado y como no existe un medio adecuado para forzar a la administración a pronunciarse, sino sólo la sanción personal para el agente, cobra gran interés el expediente de tener por resolución ficta la falta de pronunciamiento dentro de determinado término, a los efectos de la interposición del recurso contencioso-administrativo o el civil, en su caso. El silencio se constituye en una respuesta estatal, con un valor presumido por el ordenamiento jurídico, frente a la petición deducida por un administrado.

Es que la carga que pesa sobre la administración pública en el sentido de dictar el pertinente acto administrativo devendría ciertamente ineficaz si no se arbitraran los medios idóneos para evitar una auténtica hipótesis de indefensión. Por el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, la falta de acto administrativo, sustituido por el silencio, en principio inexpresivo, constituiría un obstáculo para el mecanismo impugnatorio. Por lo que se advierte, asume singular trascendencia la incorporación de una reglamentación de este artículo que con un texto expreso contemple un remedio frente a la conducta omisiva de la autoridad administrativa.

10.- Procedimientos: reglas esenciales.

Normas de Procedimiento son las normas reguladoras para la actuación de y ante los órganos administrativos. El acto administrativo cabe en un solo molde formal, pero una serie o secuencia simple o compleja de actos preparatorios para concluir en el definitivo, requiere formalidades que constituyen el procedimiento. Es posible y deseable para nuestro país, un procedimiento general, para el buen orden de la administración y la seguridad y garantía de los particulares; que prescriba los requisitos fundamentales del acto administrativo, los medios para su ejecución, las consecuencias de su irregularidad, su revocabilidad, la intervención y los medios de protección jurídica de los particulares, etc.

Reglas esenciales: el principio general tiene que ser el mismo que el enunciado para la **forma del acto** : que no existiendo procedimiento prescripto, análogo o supletorio aplicable, la autoridad administrativa puede optar por el que considere más adecuado para los fines que la ley tiene en vista. De no ser así se caería en el absurdo de que la autoridad llamada a ejecutar una ley no pueda hacerlo por falta de procedimiento establecido.

Otro principio fundamental de procedimiento que rige para todo acto administrativo que pueda afectar a la persona o sus derechos es el de la **inviolabilidad de la defensa**, regla que no rige sólo para los tribunales sino también para las autoridades administrativas teniendo en cuenta los derechos procesales establecidos en la Constitución, según los cuales en el proceso penal o en cualquier otro de cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a defenderse por sí misma o a ser asistida por defensores de su elección. (17º).

Las reglas del debido proceso en DA han sido debatidas y proclamadas en el Congreso Internacional reunido en 1962 en Río de Janeiro, con la participación de abogados, jueces y profesores de DA de 75 países, en el que se estableció ciertos principios fundamentales que deben observados si la regla de derecho ha de ser preservada. Ellos son: **1)** adecuada notificación a las partes de la naturaleza y objeto del procedimiento; **2)** adecuada oportunidad para preparar la defensa y para el acceso a la información necesaria; **3)** su derecho a ser escuchadas y adecuada oportunidad para presentar sus argumentos pruebas, y acceso a dichos argumentos y pruebas que hagan a sus derechos; **4)** su derecho a ser representadas por un consejero u otra persona calificada; **5)** adecuada notificación de la decisión y los fundamentos de la misma; **6)** su derecho a recurrir a la más alta autoridad administrativa o al Tribunal.-

Falta de Previsión legal: la falta de reglas procesales especiales y las lagunas o vacíos de las existentes puede ser suplida con las disposiciones pertinentes del procedimiento civil y penal, como supletorios del administrativo.

11.- Moralidad.

No hay precepto legal que exija moralidad como condición de regularidad del acto administrativo debido a que se presume que el Derecho en general se ajusta a la moral, por lo que el acto jurídico sería al mismo tiempo moral. Pero si en algún caso se produce un desajuste, de modo que un acto administrativo es inmoral, sin que haya disposición expresa que lo prohíba o condene, debe sin embargo ser sancionado, por lo menos con la nulidad, en virtud del principio de moralidad que debe reinar en la administración pública. El C.C. (299) admite la declaración de nulidad del acto jurídico contrario a la moral, y si es así en DP, con mayor razón debe serlo en derecho público.

12.- Causa: concepto general y su identificación en el acto reglado y en el discrecional.

Estudiar la causa del acto administrativo tiene interés porque una de sus posibles irregularidades consiste en la llamada "desviación de poder", que gira alrededor de la causa o motivo del acto.

Concepto general: el acto administrativo, sea formal o informal, debe ser motivado. El acto o resolución debe responder al hecho o circunstancia que ha tenido en vista la ley o el reglamento para autorizarlo, motivación que se considera "causa" del acto y que debe ser expresa cuando resuelve una cuestión controvertida o rechaza un recurso. La causa del acto jurídico sería la razón, el fundamento del mismo.

En sentido amplio pueden señalarse un complejo de causas que serían las condiciones de fondo, de motivación, de competencia, la de forma y de procedimiento cuando estén prescriptas como indispensables. Todas ellas son causas, en el sentido de condiciones de regularidad y validez del acto. Este es el sentido implícito de causa que se tiene en mente cuando se exponen los fundamentos jurídicos del acto.

La razón, el fundamento del acto o sea la causa, consistirá en haber cumplido todas las condiciones mencionadas, que constituirían las premisas necesarias para llegar a la conclusión de validez del acto, que es en lo que consiste el juicio jurídico. Todas estas causas, condiciones, premisas o presupuestos están contenidas implícita o explícitamente en la ley, de modo que no sin razón se afirma que es la ley y la sanción a ella inherente, la causa de todo obrar jurídico.

Identificación en el acto reglado y en el discrecional: para realizar cada uno de sus fines, la ley provee los medios jurídicos, que son las medidas expresadas anteriormente, relacionadas con los hechos y circunstancias de la vida real, utilizando 2 métodos posibles: **a)** una medida taxativamente determinada para ciertos hechos también rigurosamente definidos; o **b)** la opción de medidas convenientes y oportunas frente a hechos y circunstancias librados a la apreciación de la autoridad administrativa.

En el Acto Reglado: En la 1ª situación descrita se encuentran los Actos reglados, en los que la ley vincula estrictamente el acto al presupuesto de hecho, de manera que éste viene a ser el motivo determinante; puesto que producido el hecho, debe expedirse el acto. Por ejemplo el hecho ilícito es el motivo de la sanción, el hecho imponible es el motivo o presupuesto del acto administrativo de recaudación. Entonces, producido el hecho, el acto administrativo cumple su finalidad y no hay más nada que averiguar acerca de su causa.

En el Acto Discrecional: es distinta la situación en el acto discrecional, en el que la ley confiere a la autoridad la facultad de elegir la medida a adoptar y/o la oportunidad de obrar; adecuadas para cumplir los fines que expresa o implícitamente la ley tiene en vista. Por ejemplo: la facultad concedida para imponer multas entre un mínimo y un máximo, es sin duda para graduar la sanción conforme a la gravedad de la infracción, aunque la ley no lo diga. Si la autoridad impone la sanción con otra finalidad que la de adecuarla a la gravedad de la transgresión, incurre en lo que en América Latina se llama "Desviación de Poder". Si se quiere, el acto adolece de "falta de causa" o de "falsa causa". Por esta razón es necesaria la motivación del acto en el ejercicio de las facultades discrecionales, para que la causa sea aparente.

13.- Pronunciamiento:

El pronunciamiento es la manifestación de la autoridad administrativa en una cuestión concreta. Es el elemento voluntad del acto jurídico, que es tan diferente al acto jurídico privado, que se le llama "pronunciamiento", destacando su unilateralidad y su exterioridad: pronunciamiento como acción y efecto de pronunciarse, de manifestarse. Este elemento o requisito es esencial al acto administrativo. Este no puede existir sin pronunciamiento de la autoridad administrativa. La autoridad se halla obligada a pronunciarse siempre que el solicitante pueda invocar un interés fundado en la Constitución, en la ley o en el reglamento, dice el anteproyecto.

Eficacia relativa de la voluntad del agente: Sabemos que en DP rige la autonomía consensual de la voluntad, en tanto que en DA la autoridad tiene atada su voluntad unilateral a la ley, de modo que por más amplio margen de acción que ésta le confiera, no puede querer sino lo que la ley quiere. Aún con los caracteres de exterioridad apuntados, el pronunciamiento implica voluntad en el agente, no la real del fuero interno, pero sí al menos la de pronunciarse. Ahora, su eficacia jurídica es mucho menor que en derecho privado.

Una demostración del papel jurídicamente irrelevante de la voluntad del agente en el acto administrativo es, por ejemplo, la automatización de la administración tributaria, en que la determinación del impuesto la da la computadora. En parecida situación se encuentran los actos rigurosamente reglados, en que la autoridad no hace más que aplicar, sin opción, la medida taxativamente prevista para el caso concreto. En cuanto a los actos discrecionales, en los que ley confía la adopción de la medida adecuada al discernimiento y libre elección del agente, hay un mayor margen de voluntad, pero ella está siempre sujeta a fines y circunstancias de hecho determinadas.

No es una voluntad autónoma como en DP, sino un "Poder Jurídico Condicionado", y los vicios de voluntad de que pueda adolecer el acto, como error y dolo propios del agente; y los de violencia, engaño y soborno de parte de terceros, son causas que conducirán a un exceso o desviación de poder, que son defectos objetivos, mucho más accesibles a la comprobación que los subjetivos de la voluntad. Todo ello nos induce a concluir que el elemento voluntad que ha de tenerse en cuenta en el acto administrativo, no es la real o psicológica, sino el poder jurídico, como primera condición de regularidad.

14.- Hechos y actos jurídicos administrativos.

En la doctrina tradicional generalmente se tratan los hechos y actos administrativos como si fueran cosas separadas e independientes, pero existe una relación estructural que liga a unos con otros, que pasamos a analizar:

El ordenamiento jurídico consiste en un "deber ser": en presencia de determinados hechos que pueden ser voluntarios o simples sucesos, y que son el antecedente condicionante de la norma contenida en el acto administrativo (resolución) debe observarse una conducta correlativa específica, por los agentes estatales y/o

por los particulares. Ejemplo: si A es el Hecho; B debe ser la conducta. La norma jurídica enlaza el hecho antecedente con la conducta consecuente, relación jurídica de causa y efecto.

El hecho antecedente o causal puede ser lícito o ilícito. Por ejemplo: introducir mercaderías por vías no habilitadas está calificado y sancionado como contrabando. El introducirlas legalmente por aduanas es importación y está calificado como hecho imponible a los efectos del pago de impuestos. También puede ser un acto jurídico como firmar un contrato; una condición jurídica como la de ciudadano que se adquiere siendo nacional y habiendo cumplido con la edad reglamentaria; una omisión como la de no explotar racionalmente las tierras que da lugar a la expropiación de las mismas.

En conclusión: la consideración de los hechos que interesan al DA está necesaria e indisolublemente implícita a la teoría del acto administrativo, de modo que el estudio de cada norma conlleva el examen cuidadoso de los hechos que la condicionan, así como de los que son su consecuencia o cumplimiento.

LECCIÓN IV

Actos reglamentarios

1.- Clasificación de los actos administrativos en generales e individuales.

La 1ª clasificación de los actos administrativos los distingue en generales o reglamentarios por una parte e individuales o particulares por la otra. Así, puede ser de 2 clases: el reglamentario, generador de disposiciones obligatorias de carácter general, cualquiera sea el nombre que se le dé: reglamento, decreto, edicto, ordenanza, o resolución general; y el acto administrativo individual, que es la aplicación de la ley o del reglamento a una persona o grupo determinado de personas.

La terminología de reglamentarios es impropia porque el reglamento no es un acto sino la norma o conjunto de normas jurídicas generales resultantes del acto administrativo. El nombre correcto deberá ser "acto reglamentario". Esta terminología es solo usada en doctrina. La del derecho positivo es frecuentemente menos precisa, porque resolución, disposición, decreto pueden designar tanto actos administrativos individuales como de carácter general.

2.- Importancia de la distinción.

Esta caracterización o distinción es de lo más importante, interesa al régimen contencioso-administrativo, porque en nuestro derecho positivo sólo el acto individual puede ser objeto directo de recurso contencioso, de modo que para impugnar el de carácter general hay que esperar o provocar su aplicación al caso individual.

En cuanto a la competencia, para destacar diferencias se alude a sus implicaciones extremas: por la vía del acto reglamentario (que es cuasi legislativo) la administración llega a sustituir a la legislatura en esferas cada vez más amplias; en tanto que mediante los actos administrativos individuales que resuelven asuntos contenciosos, (que por esta razón pueden calificarse de cuasi judiciales) la administración se adelanta a la jurisdicción de los tribunales.

3.- Competencia para dictar reglamentos.

Conviene seguir en esta materia un orden de menor a mayor complejidad: Tienen competencia para dictar las diversas clases de reglamentos:

4.- Facultad para dictar reglamentos internos.

Ordenes generales o instrucciones de servicios, tiene competencia el que en el orden jerárquico tenga subordinados: el jerarca. Comienza en la cúspide con el Presidente de la República (que tiene a su cargo la administración general del país) para toda la administración pública, incluso para los entes descentralizados en materias que no estén especialmente regladas en sus respectivas leyes orgánicas (17 antep). A niveles inferiores la facultad la tienen los ministros, jefes de departamentos, directores y todos aquellos que tienen subordinados a su cargo.

Facultad expresa e implícita: si dicha facultad no está expresa en la ley o reglamento orgánico, ella proviene del mero orden jerárquico. O sea todas las autoridades que por ley o reglamento de organización administrativa o por facultad implícita en el orden jerárquico, pueden reglar la situación de sus subordinados. La excepción está dada, infrecuentemente, cuando el reglamento puede regir relaciones que no sean de superiores a subordinados, como las acordadas dictadas por la C.S.J. para el ejercicio de la profesión de abogado ; o los reglamentos de la instituciones públicas de enseñanza para sus alumnos. En estos casos no se trata de subordinados sino de miembros incorporados a una institución bajo un régimen aceptado por el acto de la matrícula o por la admisión administrativa.

5.- Efectos indirectos de reglamentos internos.

Hay que distinguir cuidadosamente los efectos indirectos que pueden tener los reglamentos internos sobre los particulares, de los efectos directos reservados a otra clase de reglamentos. Ejemplo: el horario de oficina rige sólo para los agentes de la administración, pero tiene por consecuencia que los particulares no pueden exigir que se les atienda antes o después de dicho horario. Ver otro en V.M. pág. 61)

6.- Facultad para dictar reglamentos "de ejecución".

El reglamento de ejecución detalla o explica el texto legal y adopta las providencias necesarias para la mejor ejecución de la ley. Todos ellos ejecutan la ley de alguna manera, regulando la conducta de los agentes de la administración para el cumplimiento de su cometido (reglamento interno) o estableciendo normas para los habitantes no creadas en la ley directamente sino autorizadas en ésta (reglamento externo, ordenanza, etc.) La facultad para dictarlos le viene al Ejecutivo directamente de la Constitución, no necesita autorización legal, pero tiene que haber una ley que reglamentar. La reglamentación consiste justamente en desarrollar, detallar y establecer las obligaciones accesorias que sean necesarias para el cumplimiento de la ley. No puede negar derechos, ampliar o agravar obligaciones o alterar conceptos y demás condiciones establecidas en la ley: "No puede querer sino lo que la ley quiere". De ningún modo puede tocar o alterar el texto, estructura y sentido de la ley.

Lo que caracteriza a ésta facultad es que ella tiene mayor margen de discrecionalidad y está más ceñida a la ley que la de dictar reglamentos externos o autónomos que crean nuevas normas en virtud de autorización legal expresa. Esta facultad puede ser descentralizada por ley a órganos dependientes del Ejecutivo. Si coexisten reglamento de ejecución dictado por el Ejecutivo y el de un órgano descentralizado, prevalecen las disposiciones del Ejecutivo. La falta de ley reglamentaria no obsta ni puede menoscabar derechos y garantías. (45 Const).

7.- Facultad constitucional del Presidente de la República y posibilidad de descentralización.

La pregunta es: hay en nuestro DP posibilidad de descentralizar la facultad de dictar reglamentos de ejecución, sustrayéndola del Presidente de la República, para atribuirla a órganos subordinados al Ejecutivo? Si el texto constitucional hubiera asignado dicha facultad al Poder Ejecutivo y no al Presidente de la República (238 c.), no habría problemas, puesto que no estando designado el órgano, podría ser cualquier órgano del P. Ejecutivo, pero aún así existen razones suficientes para la solución positiva del problema:

1ro: todas las prescripciones constitucionales pueden ser reglamentadas por ley, incluso las atribuciones del P. Ejecutivo, siempre que no se le niegue alguna de éstas atribuciones a título de reglamentación. Y no se le niega si dicha facultad es atribuida a un órgano dependiente del P. Ejecutivo, que no está constituido sólo por el presidente sino por los Ministros y toda la administración que aquél "tiene a su cargo". Esta reserva de la administración que según la constitución comprende la facultad de dictar reglamentos de ejecución, es respetada y se mantiene en el P. Ejecutivo con los medios de control que no pueden ser totalmente eliminados por la ley descentralizadora. El art. 17 del anteproyecto dice en el inciso c) que los puede dictar el P. Ejecutivo en virtud de la disposición constitucional art. 238 inc 3, facultad que puede ser descentralizada por ley a órganos dependientes del mismo.

2do: como pauta general de interpretación, siempre que el texto constitucional expreso y categórico no lo impida, se debe optar por las soluciones que satisfagan mejor las necesidades y tendencias surgidas de la complejidad de la administración pública; y una de éstas tendencias es la descentralización, no sólo necesaria sino inevitable.

El problema a resolver es si reglamentada la ley por el órgano designado en la misma, lo reglamenta también a su vez el P. Ejecutivo: cuál prevalecería: la solución no puede ser otra que la de hacer prevalecer la reglamentación del órgano descentralizado, por razón de la competencia establecida en la ley. Al respecto el anteproyecto difiere diciendo que si coexiste un reglamento de ejecución reglamentado por el Ejecutivo y por un órgano descentralizado, prevalecerá el reglamento del Ejecutivo. (17)

8.- Reglamentos Externos: regulación administrativa en materia reservada a la ley.

Estos crean obligaciones y prohibiciones en virtud de autorización legal, a diferencia de los de mera ejecución, regulando variadas actividades dentro de la colectividad. En lo relativo a la competencia para dictarlos, la cuestión consiste en dilucidar cómo y en qué condiciones pueden llegar a ser competentes el ejecutivo y sus órganos en materia reservada a la ley (como es la de crear mandatos, obligaciones y prohibiciones), principio esencial de la división de poderes y del Estado de Derecho. Partiendo del principio constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena, ni privado de lo que ella no prohíba, consecuencia necesaria es que el Ejecutivo y sus órganos **NO** pueden crear obligaciones y prohibiciones, sino por expresa autorización legislativa. Hay en ello una verdadera delegación de poder y es por ende apropiado el nombre de reglamentos delegados que suele darse a los que de éste modo se dictan.

9.- Posibilidad de delegación legislativa en la Constitución vigente (1992).

Porque es extraña a la separación de poderes, esta delegación encuentra resistencia en los autores y en las constituciones, que sin rechazarla totalmente, la soslayan (la pasan por alto, no hablan de ella), con la paradoja de que los reglamentos delegados se multiplican cada vez más en las distintas constituciones desde la del 67, que suprimió la previsión contenida en la de 1940 que preveía o prevía la delegación legislativa a determinadas autoridades administrativas en materias limitadas por la ley. Ésa previsión ahora es necesaria dada la creciente necesidad de regulación de materias diversas mediante reglamentos dictados por órganos administrativos ejecutivos, en vez del legislativo. (que o ésta muy ocupado tomando tereré y conspirando, o no reúne quórum porque no se "regó" suficientemente a los miembros.)

Aplicando rigurosamente el principio según el cual las funciones públicas son indelegables salvo expresa autorización de la norma superior (art. 3 Constituc.), serían nulos y de ningún valor los reglamentos dictados por delegación legislativa sin expresa autorización constitucional.

Discriminación de facultades extraordinarias o ilimitadas y ordinarias o limitadas.

Ante la eventualidad de tamaño desmoronamiento jurídico, la solución que se requiere del jurista es que concilie los principios constitucionales con las exigencias del bien común y la razón suprema de permanencia y seguridad del ordenamiento jurídico. En este afán puede recurrirse (y se hace) a la prescripción del art. 3 de la constitución de 1992 que prohíbe a todo poder estatal... "atribuirse ni otorgar a otro o a persona alguna, individual o colectivamente, facultades extraordinarias o la suma del poder público". A contrario sensu, estaría permitida la delegación legislativa al P. Ejecutivo o a sus órganos, **dentro de materias definidas y limitadas.**

Aún así puede argüirse que no basta que la delegación de una función pública no esté prohibida, sino que debe estar expresamente autorizada (por aquello que ya vimos de la legalidad en la administración y porque cualquier órgano estatal podría delegar sus funciones so pretexto de que no está prohibido hacerlo, por una cuestión de pura haraganería). Sin negar la fuerza de este argumento, hay que confesar que no hay otro fundamento que el expuesto supra para apoyar la constitucionalidad de los reglamentos delegados en nuestro derecho público vigente.

Admitir reglamentos administrativos en todas las materias (o sea facultades extraordinarias o ilimitadas), sin expresa autorización por ley sería trastocar por completo las atribuciones de los poderes legislativo y ejecutivo y es lo que ocurre en varios países en que, a falta de celo del legislativo en la defensa de sus funciones, prácticamente han desaparecido las líneas divisorias definitivas del poder ejecutivo, que se atribuye facultades reglamentarias poco menos que ilimitadas. Quedó claro?. Se puede delegar, pero facultades definidas,

ordinarias o limitadas, no declarar carnaval y que el que está a democracia limpia de turno en el Ejecutivo, reglamente obligaciones y mandatos mientras está sumido en una nube de pedo con etiqueta negra.

10. El problema de las facultades cuasi legislativas.

La atribución cada vez más extendida de facultades para regular materias reservadas a la ley – por eso llamadas cuasi legislativas – constituye uno de los problemas cruciales del Derecho Público de este tiempo. Materias de las más importantes están siendo reguladas por reglamentos y no por ley, sin tener en cuenta que un revalúo de la moneda, una fijación de precios de artículos de 1ª necesidad, o un reajuste de salarios, por ejemplo, afecta más directa e intensamente a la gran mayoría de habitantes que muchas leyes ordinarias.

Esta tendencia puede desembocar en una burocracia omnipotente (tal cual ocurre). La regulación por órganos administrativos es autocrática, la del Legislativo es democrática, aún con todos los defectos de representatividad que se achacan al Legislativo (por eso las 75 mil firmas para elección directa), pero una cosa es sancionar una ley mediante debate público y otra muy distinta es dictar un reglamento importante desde un gabinete, sea órgano unipersonal o un consejo de administración.

Por un lado es cierto que el Congreso no tiene tiempo para ocuparse permanentemente en adecuar la legislación a circunstancias cambiantes, ni tiene la competencia técnica requerida en el ámbito apropiado para dar la solución oportuna y acertada. Y por otro lado, no puede atribuirse sin limitaciones y sin controles efectivos a un órgano ejecutivo la facultad de tomar decisiones que le conviertan en regulador de la vida económica del país. No es entonces un problema académico, sino que hay que encontrar soluciones con conocimiento de las dificultades y riesgos, que se hace en el siguiente punto.

11. Medios de control del Poder Legislativo.

Los posibles medios de control para garantizar el correcto ejercicio de la facultad reglamentaria, son, en primer lugar, los tradicionales existentes en el derecho positivo (sólo que deben ser mejorados y ejercitados efectivamente), consistentes en:

1. la designación de comisiones legislativas de investigación (art. 186 tercer párrafo y 195 “in totum” de la Constitución 1992).
2. El control jurisdiccional mediante un régimen adecuado para la justa y pronta decisión de los reclamos de particulares lesionados por la reglamentación administrativa.

Los nuevos medios propiciados en el texto del eximio Villagra Maffiodo son:

1. La institución del ombudsman (o defensor del pueblo para el que no sabe inglés) para la atención de quejas y sugerencias del público en general. Pero en serio, no como los dos atorrantes que están ahora.
2. La participación directa y auténtica en las funciones de regulación, de los sectores afectados; para paliar el poder burrocrático con un instrumento de democratización de la administración.

12. Órganos e instituciones con facultades reglamentarias en nuestra administración.

a. Como institución con facultad reglamentaria típica, hay que citar en primer lugar a la **Municipalidad**, con autonomía consagrada en la constitución que significa precisamente la facultad de dictar sus propias normas: las ordenanzas. La autonomía y la facultad reglamentaria indispensable vienen impuestas por la necesaria descentralización **administrativa**: para la mejor atención de las necesidades locales; y política: para el ejercicio del gobierno propio. Las materias señaladas en la Constitución como de competencia municipal están en el art. 168: urbanismo, abasto, educación y cultura, asistencia sanitaria, turismo, inspección y policía municipal, entre otras.

b. En materia de **policía** de seguridad (otra gran bola, con las debidas disculpas de las excepciones que conozco) ha sido siempre admitida la concesión de facultad para dictar edictos a los órganos especializados dotados de fuerza material para hacerlos cumplir coactivamente en caso necesario. Esta delegación está fundada en la peculiaridad de las funciones policiales que deben hacer frente a circunstancias cambiantes y que requieren con frecuencia medidas de urgencia, a las que no podría atender adecuadamente la legislatura. Las facultades reglamentarias de la Policía Nacional están atribuidas en su ley orgánica 282/93, en materias de su competencia: “preservar el orden público legalmente establecido”.

c. El **Ministerio de Salud Pública**, a través de la ley 836/80 Código Sanitario, la ley 1032/96 que crea el Sistema Nacional de Salud, el Decreto 10635/99 que reglamenta el art. 17 del Código Sanitario; la Ley 379/72 que crea el Senasa (saneamiento ambiental), etc.; conjunto normativo modelo en su género en cuanto a delimitación precisa de materias y especificación de medidas aplicables por las autoridades sanitarias, como ser: higiene, tratamientos profilácticos, tratamiento obligatorio de ciertas enfermedades, registro de profesionales médicos, reglamentación de productos medicinales y farmacéuticos, etc.

d. En materia monetaria, crediticia y cambiaria, el **Banco Central del Paraguay**, con facultades reglamentarias amplias otorgadas por su Ley Orgánica 498/95, que ya saben por que estudiaron Mercantil II.

e. Todo el etcétera de materias económicas tales como industria y comercio, agricultura, ganadería, tributación, y demás; en sus respectivas leyes.

OJO: Las empresas públicas en General, incluso el IPS, no tienen facultad para dictar reglamentos obligatorios para la generalidad de los habitantes (reglamentos externos); sí solamente para reglamentos internos. La excepción era Antelco, por ley 1296/67 art. 5; ahora que se privatizó para el último robo descarado, no sé. Tampoco sé nada sobre la Ande.

LECCIÓN V

Actos Administrativos Individuales

Obs: AAI: acto administrativo individual.-

1. Identificación del acto administrativo individual.

De acuerdo con el proceso gradual de creación y ejecución de las normas jurídicas, las de carácter general se aplican por último al caso individual, sea la ley o el reglamento. (X ejemplo la liquidación de impuesto de acuerdo a la ley impositiva o el permiso de edificación de la municipalidad).

Definición: el acto administrativo individual es, por consiguiente, la aplicación de la ley o del reglamento a una persona física o jurídica, o a un grupo determinado de personas; y se lo puede definir como el acto administrativo que, por aplicación de la ley o del reglamento al caso particular, obliga a una persona o grupo determinado de personas.

Identificación: La determinación del sujeto debe ser concreta, porque si es en abstracto el acto será reglamentario y no individual. No importa el nombre que lleve el acto: decreto, resolución, reglamento, orden, permiso, autorización; a lo que hay que atender es al contenido: que esté designado el destinatario del acto.

2. Importancia de ésta distinción.

El AAI es el acto administrativo por antonomasia. El consenso es unánime entre los autores, al punto que si se habla de “acto administrativo” simplemente debe entenderse que se trata del individual. La primera consecuencia del alcance del AAI es que debe ser notificado al destinatario y no requiere ser publicado (no significa excepción el que deba ser notificado por edictos al destinatario, si no se lo encuentra; X que es cumplimiento de la notificación y no de publicación).

Sabemos que para interponer recursos es necesario saber cuál derecho es lesionado, qué derecho hacer valer ante los tribunales o sea cuál es el derecho subjetivo. Este, como concepto es en sí es indefinido y para hallarlo debemos recurrir a las imprecisiones del derecho general y a otras variantes y rodeos poco recomendables. Por eso es importante el AAI, porque ofrece en sí mismo la solución cierta, sin complicaciones, al contener una norma referida sólo a una persona.

Su mayor importancia radica en la posibilidad de sustituir el requisito del “derecho subjetivo” necesario para la interposición de recursos, con la sola condición de que se trate de un AAI. Tal acto contiene siempre una norma referida a una persona determinada: si confiere o reconoce derechos, la norma existe para los 3ros y las autoridades, para que respeten éste ejercicio al titular; si establece una obligación a la persona/s, para que la cumpla la persona afectada. Entonces no hay dudas acerca del titular del derecho o pasible de la obligación, puesto que debe ser nombrada en el mismo acto y basta, por consiguiente, exigir para la legitimación procesal en la acción o recurso, que se trate de una AAI.

3. Actos condición.

Se lo ha definido como aquél por el cual se inviste a un individuo de un status legal, vale decir de un conjunto de derechos y obligaciones. Está ubicado en situación intermedia entre los actos administrativos de carácter general y los de carácter individual. Es general porque de lo que se inviste es de un conjunto de derechos y obligaciones; es individual porque el investido es una persona determinada. Caso típico es el nombramiento de un funcionario, acto que hace de condición para que una persona determinada quede investida de los derechos y obligaciones del estatuto del funcionario, ingresando en el orden jerárquico administrativo, con superiores y subordinados a su cargo. Esta categoría de acto, además de poder ser modificados (revocabilidad de los actos administrativos), no tiene importancia más que a los efectos de la exigencia de la notificación a los involucrados bajo el poder jurídico investido por el acto. En general la toma de posesión del cargo cumple la función de notificación a todos a quienes concierna el acto. En todo lo demás, el régimen del acto-condición es el mismo que el del AAI.

4. Clasificación.

Entre los autores se encuentran las más diversas clasificaciones fundadas en distintos criterios que se entrecruzan o superponen:

- Por el órgano que las dicta: simples o complejos.
- Por las facultades ejercidas: reglados y discrecionales.
- Por el contenido: declarativos y constitutivos.
- Por la función dentro del proceso administrativo: preparatorios y definitivos.
- Por su carácter: imperativos y permisivos.
- Varios otros.

Todos ellos caben dentro de la teoría del acto administrativo y se ajustan al régimen jurídico general.

5. Actos reglados y discrecionales.

Ya sabemos que la regularidad del acto administrativo consiste en que la medida que va a tomar la autoridad administrativa esté autorizada por la ley. Si ésta medida está señalada taxativamente en la ley, la autoridad actúa conforme a facultades regladas; si la medida queda a opción de la autoridad para elegirla según sea conveniente u oportuno conforme a las circunstancias de hecho, la autoridad procede conforme a facultades discrecionales.

El acto administrativo es **reglado** cuando está taxativamente predeterminado en la ley. Es vinculante para la administración, en el sentido de que no puede apartarse o dejar de aplicar la medida descripta. Es **discrecional** el acto dictado en virtud de autorización legal que deja al arbitrio de la autoridad tomar una medida u otra o

ninguna; por conveniencia, oportunidad o por estimación de las circunstancias de hecho. Es **condicionado** cuando la misma ley que concede la discrecionalidad indica las pautas o criterios a que debe ceñirse su ejercicio. La discrecionalidad no puede ser ilimitada por la prohibición contenida en el art. 3 de la Constitución. Si la ley no tiene límites expresos, su limitación la constituyen los derechos y garantías consagrados en ella.

La discrecionalidad no significa que la autoridad pueda obrar a su capricho o arbitrariamente, pero el arbitrio administrativo se presta a interpretaciones erróneas, tanto que **“arbitrariedad”** proviene de él. Por eso hay que precisar el concepto y fijar sus limitaciones:

El poder discrecional tiene **limitaciones externas**, necesariamente establecidas por ley, según se colige del art. 3 de la constitución que prohíbe la delegación de facultades extraordinarias o ilimitadas. Y aunque la ley no establezca limitaciones expresas, juegan como tales los derechos y garantías consagradas en la constitución, que no pueden ser alteradas por leyes, reglamentos u otros actos de autoridad. Los actos administrativos que excedan estos límites se tipifican como extralimitación, exceso o abuso de poder.

Tiene también **condicionamientos internos**. La ley no lo confiere para que la autoridad haga lo que quiera, sino para la protección de ciertos valores o fines, siempre discernibles aunque no los señale expresamente (bien común, justicia, seguridad, bienestar, etc.). Por ejemplo: si autoriza a aplicar sanciones entre un mínimo y un máximo, no es con otro fin que el de adecuar la pena a la gravedad de la infracción. Si la autoridad hace uso de su poder discrecional con otro motivo que el que la ley tiene en cuenta, incurre en “falta de razonabilidad”, según los autores argentinos; o “desviación de poder” según los latinoamericanos en general.

Por lo demás, no hay diferencia radical entre actos reglados y discrecionales, aun el más rigurosamente reglado no escapa al libre juicio de la autoridad para examinar si los hechos que tiene ante sí son realmente aquellos para los cuales la ley fija una norma determinada. Y aún en los más ampliamente discrecionales, hay siempre limitaciones y condicionamientos, como por ejemplo los atenuantes y agravantes para aplicar pena, por lo que algunos la llaman “discrecionalidad condicionada”.

Su revisión Judicial.

La admisibilidad de la revisión judicial de los actos reglados y su negación para los discrecionales se funda, en principio, en la esencia de cada clase. Si la autoridad ha tomado otra medida que la fijada en la ley, el tribunal puede y debe declarar su ilegitimidad y revocarla. En tanto que si de las medidas A y B, alternativas de la facultad discrecional, la autoridad ha adoptado una de ellas; el tribunal no puede decidir que debió adoptar la otra. Aún así el acto discrecional tiene limitaciones y condicionamientos cuya violación lo hace, sin dudar, justiciable. (Lección VI y VII). Definitivamente cierto es que los actos reglados discrecionales están comprendidos en el precepto fundamental que manda a las autoridades ajustar sus actos a la ley.

6. Declarativos y Constitutivos.

El acto es **declarativo** cuando no hace más que expresar un derecho u obligación preexistente, por cumplimiento de las condiciones legales y reglamentarias. Ejemplo: el decreto por el cual se concede (debe decir “se declara adquirida”) jubilación a una persona por haber cumplido los requisitos para ello. El acto es **constitutivo** cuando el derecho u obligación nace en virtud de ése acto administrativo, como el permiso o autorización para el ejercicio de un derecho, como la edificación.

Ley aplicable.

El acto declarativo se rige por la ley vigente en el momento en que se perfecciona el derecho u obligación. El acto constitutivo se rige por la ley vigente en el momento de su pronunciamiento. En los ejemplos dados el derecho a la jubilación se rige por la ley vigente al tiempo en que se produjo el hecho generador, el permiso municipal de edificación, por la ordenanza bajo la cual es otorgado.

7. Preparatorios y definitivos.

Preparatorios e interlocutorios son los que inician o impulsan y dan lugar a las sucesivas fases del procedimiento administrativo, como la resolución por la cual se ordena la instrucción de un sumario o la recepción de pruebas dentro del mismo. **Definitivos** son los que ponen fin al procedimiento, como la resolución por la cual se condena o absuelve al que ha sido sujeto del sumario. La distinción tiene importancia en razón de que nuestra ley vigente en materia contencioso-administrativa, 1462 concede recurso sólo contra las resoluciones que causen estado, entendiéndose que causan estado en la instancia administrativa las resoluciones definitivas. 81 V.M.

8. Decisorios o cuasi judiciales.

Decisorios son los que definen, declaran o constituyen derechos u obligaciones a una persona o grupo determinado de personas. Tienen importancia a los efectos de saber quiénes son partes en el procedimiento administrativo y contencioso. Cuando la resolución administrativa decide sobre mejor derecho entre 2 o más personas, debe considerárselas partes a todas ellas, a los efectos procesales; conforme lo tiene resuelto la C.S.J.

9. Actos Registrales.

Los registrales son anotaciones en los registros públicos que pueden tener diversos efectos jurídicos: constituir derechos a favor del registrante, como una marca comercial; o solamente constatar o documentar hechos relevantes para el orden jurídico, sea al efecto ad probationem o ad solemnitatem, como los del Registro civil en general.

10. Permisos y autorizaciones.

Son actos administrativos por los cuales se cumple el requisito para el ejercicio de un derecho o se allana para el caso concreto una prohibición de carácter general.

11. Dictámenes e informes.

No son actos Jurídicos administrativos, sino actos técnicos o materiales que se realizan, sea en cumplimiento de aquéllos, sea como requisitos previos para su pronunciamiento. Una vez comprendida la relación de hechos y norma jurídica, se esclarece la función de los dictámenes e informes para la producción del acto jurídico o para su ejecución. Ejemplo: el estudio de factibilidad es un hecho condicionante para el llamado a licitación, en tanto que los dictámenes e informes posteriores a la adjudicación son ordenados para el control de ejecución de la obra adjudicada. ¿Son actos administrativos y qué valor tienen las ceremonias, invitaciones y otros actos protocolares celebrados dentro de la administración? Son: cumplimiento de deberes si los impone la función pública ejercida, o simplemente actos privados no oficiales si el funcionario los realiza por mera cortesía.

12. La cuestión de los actos políticos o de gobierno.

El interés es saber si son o no justiciables como los actos administrativos comunes, y si pueden originar responsabilidad por daños imputables al Estado. Se sostiene a este objeto que no son actos administrativos y por consiguiente no están sujetos al régimen aplicable a éstos. Tal argumento se refuta por el método de eliminación, por que partiendo del principio de la división tripartita de poderes, si el acto de gobierno no es legislativo ni judicial, tiene que ser necesariamente administrativo. El acto de gobierno es, en nuestro Derecho Público, un acto administrativo. No hay necesidad de atribuirle notas diferenciales excluyentes para llegar a la conclusión de que NO es pasible del recurso contencioso-administrativo. No lo es porque proviene de facultades discrecionales, su característica principal; además de ser dictados por órganos superiores y en aplicación directa de disposiciones constitucionales por el Presidente de la República con aprobación del congreso, como por ejemplo la Declaración del Estado de Excepción. (art. 288 Const. 1992). Pero en la medida en que el acto de gobierno esté reglado en la Constitución o llegue a serlo por ley, en la misma medida podrá ser objeto del recurso de inconstitucionalidad y del contencioso-administrativo. Es insostenible la tesis de que el acto de gobierno por su propia naturaleza o por un motivo mayestático escape a la revisión judicial, cuando que está sometido a ella el acto legislativo que es el más alto rango Jurídico (por la inconstitucionalidad).

13. Cumplimiento del acto administrativo. (Ejecución).

Dictado el acto administrativo, debe ser ejecutada la norma que en él se establece. **Caracteres:** presenta ciertas particularidades: por su prelación frente al acto judicial, por la facultad de la administración de hacerlo cumplir por sí misma (ejecutividad), por el estado hábil para ser ejecutado (ejecutoriedad) y por la fuerza ejecutiva del instrumento en el que está consignado.

14. Ejecutividad: prelación del acto administrativo.

La primera cualidad, la de ser dictado antes del acto judicial, no atañe a su cumplimiento sino a su pronunciamiento con prelación a la justicia. No es un privilegio sino un simple efecto de la competencia que tiene la autoridad administrativa para aplicar las leyes administrativas. Es la competencia de los órganos del Ejecutivo de ejecutar (dictar) las leyes administrativas, entendiéndose por tales aquellas que no son de derecho privado.

Su revisión Judicial a Posteriori.

El anteproyecto dice: la administración dicta sus actos o resoluciones en virtud de su propia competencia, quedando reservado al particular su derecho a recurrir a posteriori a la vía judicial correspondiente. (Art. 24). Esto debe ser antes de la ejecución de la resolución mediante el uso directo de la coacción, porque el uso indiscriminado de la coacción administrativa nos conduciría a extremos apartados de principios constitucionales básicos como el del debido proceso, el de que sólo el P.J. puede entender y decidir en actos de carácter contencioso y , en definitiva, el de la defensa de los derechos humanos más entrañables.

Ejecución por medios propios de la administración. (Ejecutividad)

La administración procede a la ejecución compulsiva de sus resoluciones por sus propios medios, a no ser que la ley señale un procedimiento judicial para el efecto. Esto ya no es prelación sino ejecutividad. No se admite que la administración pueda ejecutar o hacer ejecutar por la fuerza sus propias resoluciones, sino en determinadas condiciones:

- a) que la ley no prescriba para el caso la intervención judicial.
- b) Que no se apliquen penas reservadas a la jurisdicción civil o penal.
- c) Que no sean actos o decisiones de Derecho Privado que competen a la jurisdicción ordinaria, aunque fueran de derecho administrativo, siempre que tengan los mismos o análogos efectos. Por ejemplo la desocupación forzada de bienes expropiados, en que dada la oposición del ocupante o propietario expropiado, la administración debe demandar el desalojo y posesión judicial del inmueble expropiado, respectivamente.
- d) Que el cumplimiento de la resolución sea urgente y no haya otro medio que el uso de la fuerza para hacer frente a la situación, como en el caso de una manifestación callejera tumultuaria calificada como tal y con orden de disolución, en el que se debe recurrir a la fuerza pública en defecto de acatamiento voluntario.
- e) En otros casos, cuando la misma ley autoriza expresamente el uso de la coacción administrativa, como el comiso de mercaderías de contrabando.

15. Ejecutoriedad.

La resolución alcanza “ejecutoria” en el derecho Procesal Civil por el consentimiento de las partes o por confirmación del superior. De ahí viene “ejecutoriedad”. **Ejecutoriedad** es la condición o estado que permite la ejecución o cumplimiento de una sentencia o resolución administrativa, sin dilación, por el órgano que fuese (administrativo o judicial). La ejecutoriedad del acto administrativo es de su propia esencia impuesta por el interés general implícito en todo acto administrativo. Rige en consecuencia en DA la regla general: solve et repete. Esta regla debe ser sometida a revisión, según V.M, porque la defensa de los legítimos derechos de los particulares es también de interés general.

Regla general de suspensión por interposición de recursos.

Tanto el acto judicial como el administrativo tienen la pretensión de ser ejecutados o cumplidos, en esto consiste la obligatoriedad de la norma jurídica contenida en ellos.

Para que se suspenda la ejecución debe existir alguna disposición legal que así lo imponga. Para el acto judicial existe esta disposición cuando el código de procedimientos concede el recurso de apelación contra las sentencias definitivas y las interlocutorias que causen gravamen irreparable, con efecto suspensivo y devolutivo. Entonces, si admitimos como supletorio del procedimiento administrativo al procedimiento común, cabe que la interposición de recursos contra la resolución administrativa tenga también efecto suspensivo. En la práctica judicial, por aplicación supletoria del procedimiento común y a veces por disposición expresa de la ley (como en el amparo), los jueces suelen disponer la suspensión a título de “no innovar”.

Excepciones: la ley orgánica municipal 1294 dispone que: “no se admitirá ante las autoridades judiciales o administrativas acción que tenga por objeto impedir o suspender el cumplimiento de las resoluciones municipales en lo concerniente a la seguridad, higiene, moralidad pública y bienes del dominio público comunal. Los particulares perjudicados por ella deberán ejercitar su derecho por la vía contencioso-administrativa”. (Art. 233). (Así guau se libran del amparo?).

En conclusión: para la ejecutoriedad del acto administrativo debe regir la misma regla general que para el acto judicial, con la diferencia que las excepciones serán más numerosas, como la que acaba de indicarse y las que establezca la ley, por ejemplo el principio solve et repete, que alguna vez debe desaparecer por ser lesiva al derecho constitucional de la defensa.

16. Fuerza ejecutiva.

El instrumento en que consta el acto administrativo es instrumento público (art. 375 C.C.); como instrumento público que es, trae aparejada ejecución (art. 448 CPC). Ahora bien, el instrumento público prueba la existencia del acto administrativo y hace fe en juicio mientras no sea redarguido de falso. Pero no prueba la validez del acto contenido en el mismo, que debe llenar los requisitos de validez y regularidad: que sea otorgado en debida forma por el órgano competente. Así es que el anteproyecto dice: El instrumento en que conste el acto administrativo, otorgado en debida forma por el órgano competente, es instrumento público y tiene fuerza ejecutiva para ser presentado, una vez ejecutoriado el acto, a la jurisdicción correspondiente a los efectos de su ejecución o cumplimiento. (art. 27).

17. Procedimiento de ejecución.

Dictado el acto administrativo debe procederse a su ejecución y cumplimiento. Cuando la autoridad administrativa tiene facultad para proceder por sí misma y por sus propios medios al cumplimiento compulsivo de sus resoluciones, se llama “ejecutividad” a esta cualidad del acto. Entonces el procedimiento será propiamente administrativo.

Ejemplo: en el código Aduanero, que dice: Art. 259. - Ejecución forzada. El cobro compulsivo de las multas aplicadas en el sumario se hará por la vía de la ejecución de sentencia promovida ante los tribunales ordinarios. Si se hubiere decretado comiso, la autoridad aduanera subastará las mercaderías decomisadas en remate público aduanero. Art. 200. - Autoridad del remate. La Dirección General de Aduanas tendrá a su cargo la realización del remate Público aduanero cuyos procedimientos y requisitos serán establecidos por los reglamentos. Este procedimiento administrativo se explica y justifica porque en los casos contemplados por la ley, las mercaderías están en poder de la aduana y por consiguiente no hay necesidad de embargo y desapoderamiento previo de bienes por la justicia ordinaria. El procedimiento es judicial cuando por disposición de la ley o por razones fundadas se requiere la intervención de los jueces para la ejecución del acto administrativo. **Ejemplo:** el procedimiento judicial ejecutivo para el cobro de créditos fiscales, sirviendo de título ejecutivo el certificado de deuda fiscal suscrito por los órganos competentes. (no sé si éste ejemplo es válido, consultar ley 125 o un Lic. en contabilidad).

Los medios de ejecución: **1.** Cuando el cumplimiento es voluntario, el o los obligados lo hacen por sus propios medios u observando la conducta ordenada, caben el pago con subrogación y la compensación autorizada por ley, dice V. Maffiodo. **2.** Los medios compulsivos: el más común para obligar al cumplimiento de las resoluciones administrativas es la multa, que debe estar prevista por ley o por autorización expresa de ésta, en reglamento administrativo. Otros medios son clausura de establecimiento, inhabilitación, comiso de mercaderías, etc.

LECCIÓN VI

Nulidad y Anulabilidad del Acto Administrativo

1. Sanción de las irregularidades del acto administrativo.

El acto administrativo es irregular cuando viola la Constitución, la Ley o el Reglamento, por no decir que es inconstitucional, ilegal, antirreglamentario, etc. Es propio del orden jurídico que su violación sea sancionada. La sanción consistirá en la invalidez del acto, que puede ser de diversos grados o modalidades, según la gravedad de la transgresión. Por lógica, cualquier falta por pequeña que sea, tendría por causa la invalidez del acto, pero en derecho la consecuencia no puede ser tan rígida porque gravitan razones de orden público, protección del interés colectivo y del particular afectado, la seguridad jurídica, etc.; por eso la invalidez tendrá grados y matices, para plegarse a la realidad social.

2. Inaplicabilidad de la regla de Derecho Privado: no hay nulidad sin ley que la establezca.

Para el acto jurídico privado rige la regla de que no puede ser sancionado de invalidez si la sanción no está prevista en la ley, sea de manera especial (como la incapacidad en el C.C.), sea de manera general. (como la sanción a los actos contrarios a la moral y buenas costumbres del C.C.). Es así porque el derecho privado reconoce la autonomía de la voluntad dentro de los límites de la ley: está permitido todo lo que no está prohibido, entonces el acto no puede ser sancionado de invalidez si no ha violado alguna prohibición.

En el acto administrativo se requiere como condición esencial no que no esté prohibido, sino que esté expresa o implícitamente autorizado en la Constitución, ley o reglamento. Por eso la invalidez del acto administrativo no necesita estar prevista, le viene de su propia esencia. Para que no sufra sanción tendría que estar eximido de ella en virtud de disposición especial o por aplicación de principios generales del Derecho.

3. Categorías de nulidades.

La invalidez se traduce en diferentes clases o categorías de nulidades. Para simplificar la gran diversidad de éstas que se encuentran en los autores, se mencionan las más relevantes: Se utiliza la distinción entre Nulidad y anulabilidad, que son las categorías más aceptadas en Doctrina y constituyen el eje de las nulidades en el Código Civil; además de mantener la distinción entre nulidad manifiesta y no manifiesta, que tiene efectos muy importantes en nuestra legislación.

El anteproyecto propone: el acto administrativo puede ser nulo o anulable, según sea la gravedad de la transgresión de las normas a que está sujeto. Es nulo el acto administrativo que incurre en las siguientes irregularidades: sanción expresa de nulidad, estatuida en la ley; acto administrativo dictado contra expresa prohibición de la ley. Inexistencia del presupuesto de hecho, motivación o falta de causa o falsa causa. Falta de autorización legal. incompetencia. Falta de forma o procedimientos prescritos en la ley, especialmente las relativas a la defensa del particular afectado. Error, dolo o violencia en cuanto hubiese determinado el pronunciamiento o desviado el acto de su correcta finalidad. Inmoralidad grave de la autoridad o del interesado en el acto administrativo. (art. 30). Se elimina la categoría de actos inexistentes, porque si nos ocupamos de ellos es porque existen. Podrían serlo aquellos que carecen de elementos esenciales al acto administrativo por lo que serían nulos como si no existieran, que entran en la categoría de actos nulos. También la de nulidad relativa y absoluta, que se refiere a quiénes pueden alegarla y es de carácter procesal.

4. Causas de nulidad.

No basta con decir que son las irregularidades más graves, y como no hay ley administrativa que las enuncie y sistematice y el Derecho Civil tampoco contiene un ordenamiento satisfactorio, hay que recurrir a la Doctrina que señala las siguientes causas:

a) Sanción Legal Expresa.

Es cuando la misma ley prevé la sanción de nulidad para el acto administrativo dictado sin el cumplimiento de determinadas condiciones o requisitos: el acto es nulo con todas sus consecuencias.

b) Prohibición legal.

El acto dictado contra la expresa prohibición de la ley es nulo, porque la ley a más de no conferir la autorización requerida, veda expresamente un acto determinado.

c) Falta de autorización legal.

Como condición de fondo se encuentra el requisito de la autorización legal que distingue al acto administrativo del acto jurídico privado. Si no está autorizado expresa o implícitamente, en ley o alguna de las fuentes del DA está viciado de nulidad. En el caso que exista autorización pero se haya excedido en su aplicación, al acto no sería nulo sino anulable, mediante su reforma. Si la autorización ha sido dada con un margen de discrecionalidad para apreciar la conveniencia u oportunidad de la medida y la autoridad se excede en su facultad o la distorsiona, ejerciéndola con finalidad distinta de la que la ley ha tenido en vista, hay "extralimitación" o "desviación de poder", pasibles de nulidad si no pudieran ser corregidos mediante su reforma.

d) Falta de Presupuesto de Hecho.

El acto debe responder al hecho o circunstancia que la ley ha tenido en vista para autorizarlo, si no hay hecho, el acto es nulo. Si existiera el hecho y sólo se incurre en una apreciación defectuosa del mismo, al acto sería sólo anulable.

e) Incompetencia.

La competencia sólo puede ser otorgada por la Constitución, por la ley o por reglamento expresamente autorizado por ley para otorgarla. Si el órgano que dictó el acto es incompetente, causa la nulidad del mismo y esto es más grave que en derecho civil porque puede configurar el delito de abuso de autoridad. Tanto la falta de competencia en razón de la materia como en la territorial, constituyen vicios de nulidad. Si la incompetencia no es absoluta, sino en relación a los órganos de una misma institución administrativa, como en el caso de que la resolución fuera dictada por un jefe de departamento cuando debería serlo por el Director de la institución, el acto puede ser considerado anulable, sujeto a la confirmación del superior.

f) Forma y Procedimiento.

La inobservancia de la forma prescripta en la ley es causa de nulidad, aunque fuere reformable. La nulidad del acto exige que sea dictado de nuevo con la formalidad prescripta. Igual sucede con la inobservancia del procedimiento establecido en la ley. Para dictar resoluciones que afecten a la persona o sus derechos o agraven sus obligaciones, es inexcusable dar lugar a la defensa, aunque no haya procedimiento previsto para el efecto, en virtud de la prescripción constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos (art. 17). Si por inexistencia de procedimiento establecido, la autoridad opta por el que considere más adecuado a los fines de la ley, y éste es considerado a posteriori inconveniente o inoportuno, no sería necesariamente nulo, sino anulable.

5. Otras causas de nulidad.

El error, dolo y violencia, serían causas de nulidad del acto administrativo en cuanto hubiesen determinado el pronunciamiento o desviado el acto de su correcta finalidad. Sería entonces un vicio el pronunciamiento y no de la voluntad del agente. Inmoralidad grave de la autoridad o del interesado en el acto administrativo también es una causa de nulidad del acto administrativo; aunque el acto sea formalmente correcto pero constituya una inmoralidad manifiesta.

6. Efectos de la declaración de nulidad.

La sanción máxima para el acto administrativo irregular es la nulidad, reservada para los defectos más graves; que puede ser declarada de oficio o a petición de parte. **Efectos:** La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo con el alcance de reponer las cosas a su primitivo estado, en cuanto fuese posible y razonable. Además, el acto nulo no es confirmable ni subsanable, la autoridad administrativa debe volver a pronunciarse luego de cumplir con todos los requisitos del caso. Como no es subsanable, el acto nulo puede ser impugnado en cualquier tiempo por el afectado, siempre que no haya pasado al estado de Cosa Juzgada, en cuyo caso debe entenderse que no habría causa de nulidad.

7. Anulabilidad. Causas.

Hay casos en que la irregularidad es menos grave, a las que sería excesivo aplicar la rigurosa sanción de la nulidad con sus drásticos efectos. Así como es fácil caracterizar las irregularidades más graves, es poco menos que imposible tipificar a las leves, porque llegaríamos a un casuismo interminable y ocioso, porque es necesario reservar a la autoridad administrativa o al Juez en su caso, la estimación de las circunstancias y la gravitación que se les ha de reconocer a los diversos intereses en juego: los de la colectividad y el buen orden administrativo por una parte, y la seguridad jurídica y la protección de los particulares por la otra.

8. Efectos.

La anulación del acto tiene efecto par el futuro (en nunc). En principio, los efectos ya producidos quedan firmes en cuanto sea posible. También procede de oficio o a petición de parte según el anteproyecto.

9. Subsanación de los defectos.

La irregularidad del acto es subsanable, por confirmación o por decaimiento de los recursos que procedían contra el mismo. Por confirmación, a petición de parte interesada o por la autoridad que dictó la resolución o por el superior. Por decaimiento de los plazos para interponer los recursos, en aras de la seguridad jurídica. (Cosa diferente es la revocación, que se puede hacer aunque no se hayan interpuesto los recursos dentro de los plazos establecidos). La falta de mérito no es causa de nulidad, siguiendo el aforismo del derecho procesal judicial según el cual no hay lugar a la nulidad cuando la revocación o reforma de la resolución puede obtenerse por otros medios que no sean la declaración de nulidad o de Anulabilidad.

10. Nulidad Manifiesta y no manifiesta.

Nulidad manifiesta es la que aparece aparente, sin necesidad de investigación de hecho o de derecho; la no manifiesta es la que requiere ésa investigación. El carácter de manifiesta o no manifiesta puede aparecer tanto en la nulidad como en la anulabilidad. En la última no es muy importante puesto que hasta la anulación el acto surte efectos y debe ser cumplido. El interés principal está en los actos nulos, que con la declaración de nulidad deben ser considerados como si nunca hubieran existido. Entonces se hace la pregunta de si se puede dejar de cumplirlos aún antes de declararlos nulos. (se responde en el siguiente punto).

11. Presunción de regularidad.

La mayoría de los autores sostiene que el acto administrativo lleva consigo la presunción de regularidad y, por lo tanto, debe ser cumplido mientras no sea declarada su nulidad. Se fundamentan en:

- a) Una razón práctica: la de no enervar el cumplimiento de las resoluciones administrativas con la resistencia de los obligados, fundada en la afirmación de que el acto es nulo.
- b) De admitirse la presunción de regularidad, será a cargo del obligado la prueba y demostración de la nulidad, aunque ésta sea manifiesta.

La Doctrina admite que los que desobedecen abiertamente los mandatos de la autoridad, siempre que éstos no sean clara e incontestablemente arbitrarios e ilegales, incurren en el delito de desacato, así como lo hacía nuestro anterior código penal. Esto quiere decir que si la ilegalidad y la arbitrariedad son manifiestas en el mandato o en cualquier resolución administrativa que manda hacer o no hacer algo, no hay presunción de regularidad que valga y el obligado puede dejar de cumplirla.

De cualquier manera, hay que advertir que viniendo de los particulares, puede ser dudosa la calificación de ilegalidad del mandato, de si es o nó manifiesta e incontestable y, por consiguiente, si la desobediencia es o nó justificada; esto lo deben decidir los tribunales, en última instancia. (por eso hay que andarse con cuidado).

LECCIÓN VII

Revocación por conveniencia u oportunidad y por cambio de criterio

1. Revocación en sentido amplio y en sentido estricto.

En sentido amplio significa retiro o cancelación total o parcial de los efectos de un acto administrativo de cualquier clase: reglamentario, individual, regular o irregular. En sentido estricto se reserva la denominación para designar a la cancelación total o parcial de los efectos del acto administrativo por razón de conveniencia u oportunidad, o por cambio de criterio en la aplicación de la ley; sin que el acto sea en sí mismo irregular. Es este sentido se toma en ésta lección el significado de revocación, al contrario de la anterior que se toma revocación del acto irregular como declaración de nulidad y /o de anulación. (recordar que la declaración de nulidad tiene efecto retroactivo, la anulabilidad sólo efecto para el futuro).

2. Revocación por razón de conveniencia u oportunidad o por cambio de criterio en la aplicación de la ley.

El problema de la revocación consiste en saber si el acto administrativo, una vez que cause estado en la instancia administrativa y en la judicial, puede o no ser revocado posteriormente; o sea si el acto así perfeccionado goza o no de la fuerza de cosa juzgada. Hay Cosa Juzgada Formal, en el sentido de que el particular afectado no podrá ya impugnar el acto, puesto que suponemos que se han agotado los recursos. Resta saber si hay también Cosa Juzgada Material, o sea si la autoridad administrativa y la judicial, en su caso, quedan atadas a su propia resolución sin poder revocarla total o parcialmente. Ésa es la cuestión.

3. Diversas opiniones doctrinales.

Sobre el punto hay una gran diversidad de opiniones, contándose algunas tan extremas como la de Fleiner, para quien una situación que va contra el interés público no puede subsistir ni siquiera una día. De otra parte, Cassagne dice que en Argentina existe coincidencia en que la regla del acto administrativo unilateral es la de la inmutabilidad, irrevocabilidad o estabilidad.

4. Principios rectores para la revocación.

Hay coincidencia general acerca de los principios que deben atenderse en la revocación:

a) Prevalencia del interés público sobre el privado: aunque la seguridad jurídica del último así como la estabilidad de las resoluciones que reconocen derechos o imponen obligaciones es también de interés general. La calificación de qué interés será considerado particular es una tarea delicada que debería estar reservada a la ley, pero como el casuismo es infinito es la autoridad o el Juez el que está llamado a sopesar el interés particular y el general; y para darle primacía a éste último tendrá que ayudarse de otros principios también relevantes

b) La Res iudicata y el acto administrativo: hay que tener en cuenta también la identidad entre la situación invariable de la res iudicata en derecho común, (ceñida a los términos de la demanda y contestación) y la de ciertos actos administrativos dictados también para situaciones invariables; como la de una determinación individual de impuesto resuelta definitivamente con el Fisco, que se acoge bajo el amparo de la fuerza de cosa juzgada formal y material, y que tiene la misma razón de ser (del derecho común) y protege a la vez la seguridad jurídica de las partes y el interés general de dar término definitivo a toda clase de litigios.

c) Diferencias provenientes del acto reglado y del discrecional: La diferencia de situaciones provenientes de la facultad reglada y de la discrecional, es otra variante a tener en cuenta. La administración se halla vinculada estrictamente a la ley en la facultad reglada, y no es procedente que pueda cambiar sus resoluciones, al menos con la misma amplitud que en la facultad discrecional, en que tiene el arbitrio de acomodar sus actos a razones de oportunidad y conveniencia. El Prof. Villagra Maffiodo no cree que los actos reglados son necesariamente irrevocables y los discrecionales revocables. Dice que hay otros elementos de juicio que inciden para que pueda ocurrir lo contrario en algún caso. El no niega que la revocabilidad es más propia de la facultad discrecional, dentro de la que la autoridad administrativa puede cambiar de criterio según las circunstancias; que de la reglada en que la ley impone que ella adopte una medida determinada.

d) Idem de los actos de ejecución única y sucesiva: La distinción entre actos administrativos de ejecución única, que agotan sus efectos de una sola vez; y los de ejecución sucesiva, que se prolongan en el tiempo. Si se trata de un acto de ejecución única, la revocación tiene que ser necesariamente retroactiva; en tanto que si la ejecución es sucesiva la revocación puede afectar únicamente los efectos futuros y no los ya cumplidos. En relación con esta distinción está la distinción entre ejecución comenzada y no comenzada, porque aún cuando la revocación tuviera la intención de regir sólo para el futuro, si la ejecución del acto no pudiera concluirse por causa de ella, en realidad tendrá efecto retroactivo

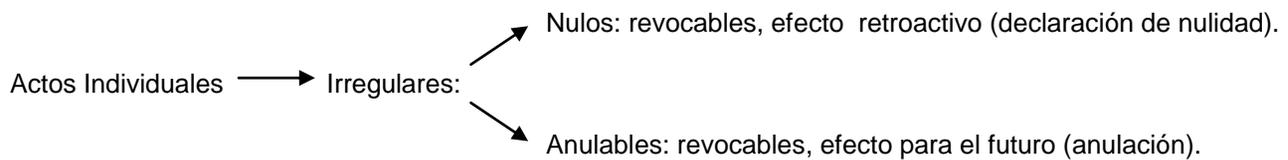
5. Esquema de la revocabilidad.

No puede afirmarse en forma absoluta que el acto administrativo sea revocable o no revocable. Teniendo en cuenta los principios que se acaban de exponer, se puede intentar un esquema de la revocabilidad y las condiciones en que ella procede:

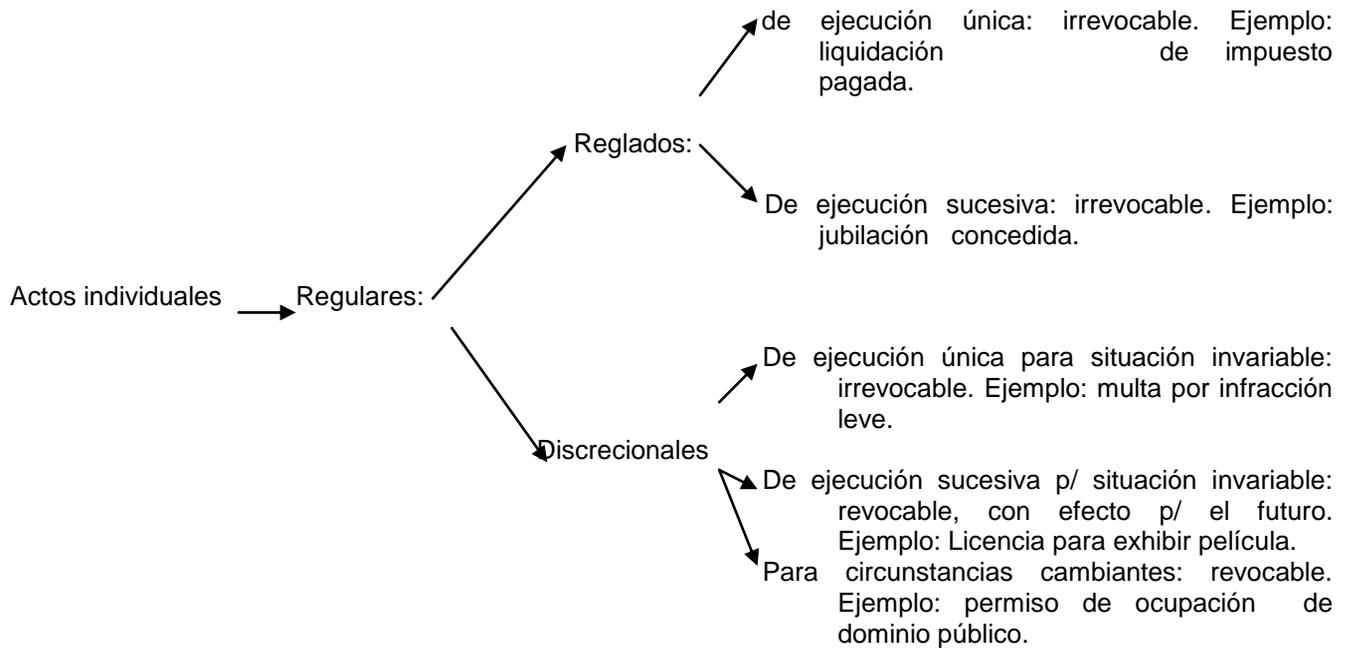
Se aconseja desarrollar el esquema al término de la exposición de la lección.

Revocabilidad en sentido amplio

Actos reglamentarios: \longrightarrow revocables, con efecto para el futuro (derogación o modificación del reglamento).



Revocabilidad es sentido estricto



6. Actos reglamentarios.

La revocación del acto reglamentario se denomina, como la de la ley, **Derogación** si es general y **Abrogación** si es parcial. No hay dudas sobre la posibilidad jurídica de la derogación o modificación de reglamento por el mismo órgano que lo ha dictado. Está implícita en la facultad reglamentaria concedida por la ley a la autoridad administrativa y responde a la ratio legis de la concesión para adecuar las normas jurídicas a las necesidades cambiantes y urgentes de la vida social. La derogación o modificación del reglamento sólo puede tener efecto para el futuro, por la prohibición constitucional de la retroactividad de la ley.

7. Actos individuales reglados.

Dentro de ésta categoría hay que considerar los de ejecución única y los de ejecución sucesiva.

a) **de ejecución única:** Deben ser irrevocables, por la invariabilidad del supuesto de hecho y el carácter definitivo de la resolución administrativa, exactamente como en la res iudicata del derecho común. Ejemplo típico es la liquidación de impuestos, que una vez pagada ha agotado sus efectos.

b) **de ejecución sucesiva:** Deben ser también irrevocables, porque habiéndose pronunciado la autoridad sobre la procedencia de lo resuelto, la seguridad jurídica exige que no se pueda cambiar posteriormente de criterio o de interpretación sobre lo ya resuelto. Ejemplo típico es la Jubilación otorgada por haberse llenado los requisitos legales para la obtención de la misma.

Podrían darse situaciones en que el interés público sea de tal modo relevante, que llegara a exigir una solución contraria, por ejemplo el permiso de edificación que, aunque regularmente concedido conforme a la ordenanza respectiva, presentara graves riesgos de seguridad en el curso de su ejecución. El permiso sería revocable o modificable por interés público, con indemnización si hubiese lugar.

8. Actos discrecionales.

Pueden presentarse por lo menos 3 situaciones:

a) **De ejecución única, para situación invariable:** Los ejemplos son raros. Si la autoridad administrativa decide devolver al contribuyente un pago indebido y no acreditarlo para futuras deudas fiscales como le faculta la ley impositiva, no podría revocar lo ya resuelto y menos si la devolución ha sido ya efectuada. Por lo mismo no se podría agravar una multa ya fijada y pagada. En los 2 casos la ejecución única (el pago) y la situación invariable (la circunstancia tenida en cuenta para optar por la devolución y no por el acreditamiento, o la gravedad de la transgresión sancionada con la multa que permanece invariable). La razón de irrevocabilidad es la misma: la seguridad jurídica que exige que lo ya resuelto sea mantenido firme.

b) **De ejecución sucesiva, para situación invariable:** Estos actos deben ser revocables, con efecto para el futuro. Por ejemplo la licencia otorgada para exhibir una película, que por cambio de criterio de la autoridad, es retirada. Aún cuando el permiso ha sido obtenido legítimamente, el interés del particular en mantenerlo no puede prevalecer sobre el interés público. Ni podría pretenderse que la autoridad, por haberse pronunciado una vez, ha perdido la facultad discrecional cuando la situación se prolonga en el futuro. Una excepción sería cuando el acto, siendo discrecional, lleva la intención de continuidad o permanencia en el tiempo, por ejemplo la calificación dada en un examen según sus méritos, en el que terminada la prueba la situación permanece invariable y la calificación se da una vez y para siempre. La ley orgánica Universitaria lo declara expresamente irrevocable. (el problema sería cuando la calificación no se hace de acuerdo a los méritos, sino teniendo en

consideración otras circunstancias como la raza, la ropa, las joyas del examinado y un sin fin de variables generalmente tenidas en cuenta por los señores examinadores, en que nos encontraríamos ante la nulidad por inmoralidad o por abuso de autoridad. Claro que ésa es harina de otro costal).

c) Para circunstancias variables. Ejemplos.

Los actos discrecionales para circunstancias variables son aquellos en que la discrecionalidad se halla en plena vigencia. Ejemplo típico es el permiso de ocupación de un bien de dominio público que se concede en vista de que no sólo no perturbará su uso, sino que acaso lo mejorará o facilitará, como el caso de los balnearios en las aguas públicas (playa del sol y todas éstas). Estos permisos son de carácter precario, porque conllevan la condición implícita de subsistir mientras no perturben el buen uso del dominio público, y son esencialmente revocables, sin indemnización, con efecto para el futuro. Como la precariedad podría ser prohibitiva para ciertas empresas de interés económico y social, debe gestionarse la autorización con plazo determinado; que puede ser revocada antes del vencimiento del plazo, por interés público, pero con indemnización por parte de la administración por haber dado lugar a una inversión y prometido su disfrute por un tiempo determinado.

Conclusión: en todos los casos en que se admite la revocación, ella sólo puede tener efecto para el futuro, vale decir que es un nuevo acto dictado pro futuro. Tanto es así que la revocación debe reunir todos los requisitos exigidos para la regularidad del acto administrativo. Entonces, con la única excepción de la declaración de nulidad que tiene efecto retroactivo, la regla general es que el acto administrativo es irrevocable. (Ex tunc = retroactivo. Ex nunc = para el futuro).

9. Otras variantes (a la revocabilidad).

Hay otras variantes que pueden influir decisivamente en el problema de la revocabilidad, y son:

a) Revocación a favor del particular: Todas las hipótesis precedentes contemplan la revocación en perjuicio del particular. Si es en su favor, el acto administrativo es en principio revocable, siempre que no concurren algunas condiciones como las siguientes:

Excepciones:

- 1- Que no se trate de facultades vinculadas, no renunciables de la administración, como el cobro de tributos y la imposición de sanciones.
- 2- Que lo que se concede con la revocación a uno, no se le niegue a otro, en violación del principio de igualdad.
- 3- Que la revocación no afecte derechos de terceros.

b) por cambio sobreviniente en la legislación: También puede proceder la revocación por cambios en la legislación, incluso con efecto retroactivo a favor del particular, ya que la prohibición constitucional de retroactividad rige sólo si la aplicación de la nueva ley es más gravosa y no si es más favorable.

10. Caducidad:

Otra causa de extinción del acto administrativo que no debe confundirse con la revocación es la caducidad. Puede sobrevenir por acaecimiento de una condición extintiva o el incumplimiento de un cargo impuesto en el mismo acto administrativo, como la caducidad de la adjudicación de un lote de terreno concedida bajo el régimen del estatuto agrario, por no cumplir el beneficiario la obligación asumida de ocuparlo y cultivarlo personalmente. Lo mismo que en la nulidad manifiesta, la caducidad puede no requerir declaración expresa cuando ella surge sin necesidad de investigación alguna de hecho o de derecho. La caducidad tiene normalmente efecto para el futuro, pero puede ser retroactiva como la declaración de nulidad si la ley, en vista de la gravedad de la transgresión, ha querido darle ése efecto.

Ejemplo lo encontramos en la legislación aduanera, que no solo cancela la liberación de derechos aduaneros por la venta o disposición de las mercaderías importadas con otros fines que aquellos para los cuales había sido obtenida la liberación, sino que sanciona el hecho como delito de contrabando. No puede hablarse aquí de retroactividad del acto administrativo de cancelación, puesto que el infractor conocía de antemano la sanción establecida en la ley.

LECCIÓN VIII

Órganos y agentes estatales

1. Teoría del órgano.

La pregunta es: quién crea o ejecuta las normas, o cuál es el mecanismo por el cual son creadas y ejecutadas. La respuesta más obvia parecería ser que es el hombre, en su actuación individual o colectiva. Pero esta actuación - para que surta efecto en derecho - tiene que estar calificada y autorizada por el ordenamiento jurídico. (porque la actuación de un usurpador puede imponerse por la fuerza pero no crea derecho). Vale decir que para crear y ejecutar validamente las normas, el hombre debe actuar en función de un instrumento que es el llamado "órgano", creado por el propio ordenamiento jurídico. Esta teoría del órgano es válida para toda la actividad jurídica estatal, legislativa, administrativa y judicial. Pero en DA se la expone mejor, porque es la administración en donde se encuentran los más numerosos y variados órganos.

2. Imputación de actos del ser humano al órgano.

El órgano es una creación jurídica de existencia ideal, lo mismo que la norma. Instituir un órgano equivale a prescribir: "téngase por norma jurídica válida"; o por ejecución autorizada de la misma, lo actuado por tal órgano. Pero es claro que no es el órgano el que actúa por sí mismo, sino que es su agente, el ser humano, cuyos actos son imputados al órgano. Dentro del Derecho, que busca realizar sus fines con los medios de su propia creación, cabe la construcción que dé solución adecuada a problemas como el mandato y la representación en Derecho Público, el de la voluntad y responsabilidad del Estado, etc., que no pueden resolverse satisfactoriamente con las fórmulas del derecho Privado.

En efecto, no puede explicarse el status del agente en función del órgano con la figura del mandato, porque el Estado o las instituciones administrativas que designan sus propios órganos no pueden otorgar mandatos porque no tienen voluntad propia. Tampoco con la de representación, porque los actos del representante se consideran actos del representado, en tanto que los actos de los agentes estatales son considerados actos estatales y no actos de quienes los han nombrado (igual que los actos de los directores de una S.A. son considerados actos de la sociedad y no de los accionistas que los designaron como directores). En cuanto a la voluntad estatal, ella es más problemática, porque no hay ninguna seguridad de que la voluntad real del agente coincida con lo que la ley exige de él para actuar en función del órgano. Por lo mismo, la responsabilidad del Estado nunca podrá fundarse en la culpa de sus agentes, sea culpa "in vigilando" o "in eligiendo", la culpa sería siempre de los agentes y no de la persona jurídica que no tiene voluntad propia.

Con la imputación del acto del agente al órgano, no como acto voluntario sino como acto condicionante de la creación y ejecución de las normas jurídicas, desaparecen las dificultades señaladas. En cuanto a la responsabilidad del Estado, no hay más razones para admitirla que la de que sea objetivamente justa. Su imputación al Estado es una cuestión de mera técnica jurídica que no ofrece dificultad alguna.

En conclusión: la técnica de la imputación de los actos del ser humano al órgano es una teoría, una creación jurídica del derecho, que ofrece soluciones obvias y satisfactorias a los problemas anteriormente relatados que no tienen explicación por las figuras tradicionales del derecho privado: el mandato, la representación, etc. lo que no hay que hacer es identificar al Estado, las instituciones públicas, etc., con los organismos naturales. (esta conclusión, como casi todas las que hay en este trabajo, es mía, OJO. cada uno puede sacar la suya si quiere.)

3. Similitud y no identidad con organismos naturales.

El nombre de órgano, tomado de la biología, soslayando su significado de "instrumento", es lo que llevó de una mera similitud a una indebida identificación del órgano del derecho con un organismo natural. Si se habla de "organismo estatal", debe entenderse que se trata de un sistema de órganos, válido como sistema y no como organismo natural (con vida propia y etc.). las normas y los órganos son medios elaborados por la cultura jurídica. Entonces, no confundir: hay similitud, no identificación. Por ejemplo si el ordenamiento jurídico es comparado con una red de fluido eléctrico: la usina sería la Constitución, que una vez sancionada (conexión de la llave principal) abre la posibilidad de satisfacer las necesidades jurídicas de la comunidad (usar la electricidad para no vivir en la oscuridad). Ver ejemplo completo en V.M. página 114. Tampoco hay identidad entre el ser humano y el órgano. Por ejemplo, en los órganos colegiados como el legislativo, el órgano no es cada uno de los legisladores, ni la mayoría, ni la totalidad de ellos, puesto que éstos pueden cambiar periódicamente, en tanto que el legislativo como órgano creado en la Constitución, permanece idéntico a sí mismo.

Lo mismo ocurre con el órgano unipersonal: en la expresión de que una persona "ejerce u ocupa tal cargo", ahí está implícita la distinción. Así es que la constitución dice: "...son deberes y atribuciones **de quien ejerce** la presidencia de la República...". esto no quiere decir que no tenga importancia la personalidad del que ejerce la función del cargo, por el contrario, la tiene en grado sumo, pues en definitiva son la inteligencia y la personalidad humanas las que alcanzarán a realizar los fines para los cuales el órgano es nada más que un instrumento.

4.- Órgano, cargo y agente. (Distinción).

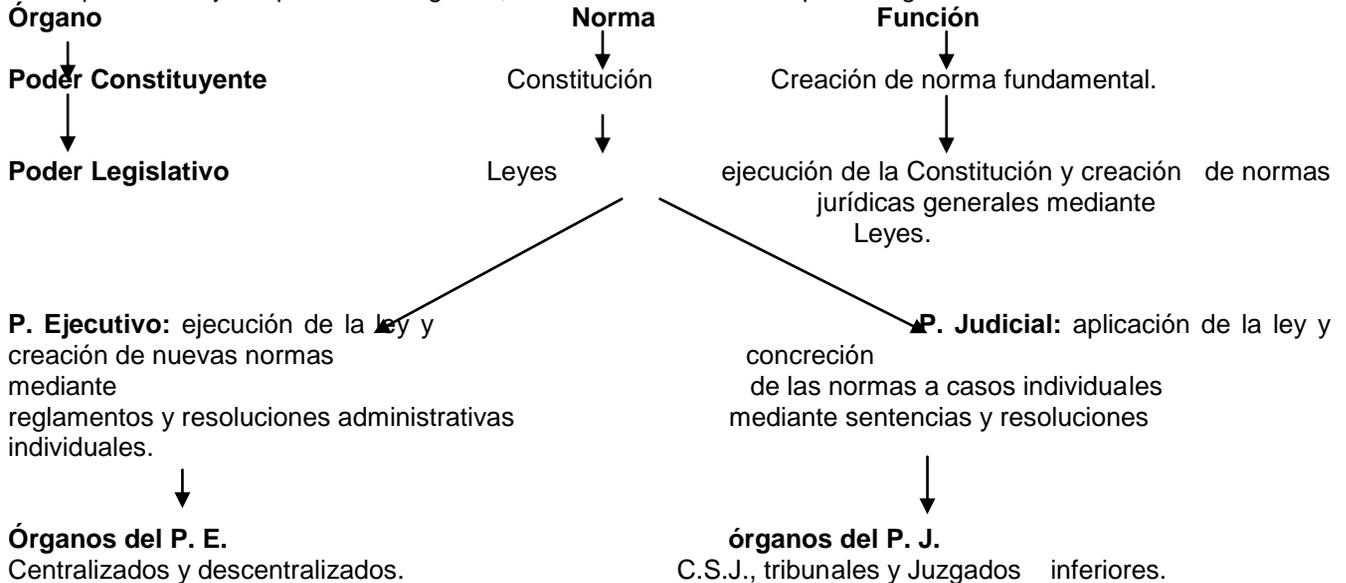
La complicación es que el Agente conserva su individualidad, que no es absorbida por el órgano. Sólo una parte de su actividad es imputada al órgano, lo demás sigue siendo ajeno a éste (el trabajo se le imputa al órgano, el Vyro-reí no). Para el agente la función del órgano es un "cargo", vale decir que es el encargado de la función del órgano, de donde quizás se pasó a usar el vocablo "cargo" para designar también al órgano. Cargo, empleo, oficio, son todas denominaciones que designan por igual al órgano, pero con referencia personal al agente a quien se le ha confiado el ejercicio de la función del mismo. De ahí que debe distinguirse entre los deberes del

cargo, las faltas del servicio y las faltas personales y, por último, el conjunto de derechos y obligaciones del agente en ejercicio del cargo, como carrera profesional.

El anteproyecto dice órgano y agente estatal o municipal son los creados por ley, reglamento u ordenanza, cuyos actos son imputables al Estado, la administración o la Municipalidad. Para dilucidar el tema, ver capítulo de la función pública, porque en realidad en este apartado V.M. no dice nada con claridad.

5.- Jerarquía de los órganos paralela a la de las normas.

Al orden jerárquico de las normas (constitución, ley, reglamento, sentencias, y resoluciones administrativas) corresponde una jerarquía de los órganos, como se ilustra en el esquema siguiente:



Como se ve, el Poder Legislativo está sometido al Poder Constituyente que lo ha creado y puede reformarlo. Los órganos administrativos y judiciales están subordinados al Legislativo en el sentido de que deben ajustar sus actos a las leyes. Este orden lógico se rompe en virtud del principio constitucional de la separación e independencia de los poderes, que pone en un pie de igualdad al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. Aparte de ésta excepción y en la esfera administrativa, todos los órganos pertenecientes al Ejecutivo guardan entre sí un orden jerárquico en cuya cúspide está el Presidente de la república y en la última posición de la escala los órganos de mera ejecución que no tienen ya subordinados a sus órdenes. La relación de subordinación entre los órganos del Ejecutivo es más o menos laxa o rígida y están agrupados en reparticiones, instituciones o departamentos más o menos descentralizados. Los órganos judiciales gozan de una situación especial, pues la independencia que garantiza la Constitución al poder Judicial la tiene cada uno de los Jueces y tribunales.

6. Designación y competencia de los Organos.

Son elementos esenciales de los órganos su designación y la determinación de su competencia. Normalmente se dan los 2 al mismo tiempo, se designa el órgano y se determina su competencia, pero puede ocurrir que determinada una esfera de competencia como la necesaria para la aplicación de una ley, no esté designado el órgano ejecutor, por ello hay que considerarlos por separado.

El principio fundamental es que ningún órgano puede designarse a sí mismo y determinar su propia competencia. El órgano debe estar designado y determinada su competencia en la norma superior que será por él ejecutada o aplicada. Las situaciones que pueden presentarse son:

Los órganos llamados a reglamentar, ejecutar y aplicar la Constitución, que son los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con sus respectivas competencias, deben y están designados en la misma Constitución.

Los órganos de ejecución o aplicación de la ley deben estar designados en la misma ley, con estas limitaciones: **A.-** la ley no puede designar órganos con competencias que no sean las reservadas para cada uno de los poderes (en materia contenciosa el P. Judicial; en materia de dictar instrucciones y reglamentos el P. Ejecutivo). **B.-** en lo referente a municipalidades, la ley sólo puede reglamentar la forma de elección y designación de sus autoridades, sin afectar su autonomía constitucional.

Con estas reservas, conviene que la misma ley designe en su propio texto el órgano o autoridad de aplicación, si no lo hace entran en juego las facultades de organización administrativa del P. Ejecutivo, el que debe hacerlo designando los órganos: dentro de los respectivos Ministerios, dentro y con las asignaciones previstas en el Presupuesto Nacional, la competencia atribuida no puede ampliar o restringir las facultades ínsitas en la ley que ha de ejecutarse y no puede interferir en la competencia de las instituciones autónomas.

Aún con estas facultades bastante amplias del Ejecutivo, el régimen de designación y competencia de las entidades descentralizadas es muy rígido, porque éstas funciones de organización, como toda función pública, son indelegables. Es el legislador el que debe autorizar expresamente a las instituciones descentralizadas, dentro de las limitaciones que considere convenientes, a designar sus propios órganos y determinar sus respectivas competencias. Pero generalmente no lo hace y hay que recurrir a la interpretación de la ley, que puede ser la siguiente: **a.-** si la competencia está conferida a un órgano específicamente designado, por ejemplo la Superintendencia de Bancos, el Consejo Superior Universitario; éstos son los únicos órganos

competentes sin posibilidad de delegación de sus funciones si la misma ley no lo autoriza. **b.-** si la ley atribuye determinada competencia a la Institución, por ejemplo a la Municipalidad, al BCP; estas instituciones pueden crear sus propios órganos.

7.- Leyes y Reglamentos Orgánicos.

Se llaman con propiedad “leyes y reglamentos orgánicos” a aquellos en que se instituyen órganos, se determinan sus respectivas competencias y se establecen las relaciones que han de regir entre ellos. El lenguaje usual denomina orgánica a la ley que reúne en una unidad o sistema las disposiciones atinentes a una materia, y con más arbitrariedad a toda ley de aplicación general. Tienen mucha importancia práctica no sólo para el orden interno de la administración sino también para los particulares que necesitan saber – entre otras cosas- cuál es el órgano competente para presentar sus peticiones y cuál es el superior para interponer el recurso jerárquico.

8.- Cómo se identifica al órgano.

El órgano es una creación jurídica. El ser humano es sólo su agente. El problema que se presenta es el de verificar si un agente está en el ejercicio de la función del cargo e incluso ubicar a éste en el sentido de saber dónde es ejercida dicha función. Este papel lo desempeñan los signos materiales distintivos del órgano: escudos, sellos, encabezados, formularios oficiales, uniformes, etc., que tienen importancia práctica y a veces decisiva para la protección del particular. Por ejemplo: al pagar un impuesto, el contribuyente localiza la oficina recaudadora por el escudo indicativo que ostenta, llega a la ventanilla, efectúa el pago y le entregan el comprobante con firma y sellos conforme a los reglamentos. El pago es válido aunque el agente al otro lado de la ventanilla esté ejerciendo irregularmente la función. Esto es lo que se llama convalidación de los actos de los funcionarios de hecho, fundada en la pública apariencia de regularidad del ejercicio de la función del órgano, que no puede ser identificado de otro modo.

9.- Competencia y Capacidad.

Existe paralelismo pero no identidad entre la competencia del órgano y la capacidad de las personas. La competencia es la esfera de atribuciones del órgano, la capacidad es la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. Las diferencias más importantes son:

1) la capacidad de las personas puede ser ejercida por representación o mandato, la competencia no, debe ser ejercida por sus propios agentes.

2) No es acertado concebir las atribuciones del órgano como “derechos” del mismo, puesto que su agente no puede dejar de ejercerlas: puede hablarse tanto de derecho como de obligación de ejercer la función que le ha sido encomendada. Ejemplo: el órgano recaudador no tiene el derecho sino la atribución de recaudar.

Cosa distinta es que se le confiera personalidad jurídica a un órgano o conjunto de órganos (por ejemplo la municipalidad), a fin de que puedan ser titulares de derechos y obligaciones como las personas jurídicas en general. En ésta situación sí el órgano va a estar revestido de competencia y capacidad al mismo tiempo.

10.- Clasificación. (de los órganos)

a.- Según la fuente en que están instituidos: constitucionales, legales y reglamentarios. **Constitucionales** son las Cámaras de Diputados y Senadores dentro del Legislativo; la Presidencia de la República dentro del Ejecutivo; la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Cuentas, dentro del Poder Judicial. **Legales:** la inmensa mayoría de los órganos, tanto administrativos como judiciales son creados en las llamadas leyes orgánicas, y a falta de éstas en la ley de presupuesto general de la Nación, que debe ser considerada ley orgánica supletoria. **Reglamentarios:** los creados por la institución, cuando tiene atribuida por ley ésa competencia, por ejemplo el Banco Central, las Municipalidades, etc. que crean sus propios órganos.

b.- desde otro punto de vista, se clasifican en órganos simples, colegiados y complejos. **Simple**s son aquellos cuyas funciones las ejercen agentes individuales, son los más comunes en la administración. **Colegiados** son los constituidos por un conjunto de agentes que actúan como un solo cuerpo. La unidad de decisiones o la decisión mayoritaria es indispensable. Son frecuentes bajo los nombres de Consejo, Junta, Comisión, etc. Complejos son los que no son simples ni colegiados.

c.- la clasificación más importante o trascendente es la de órganos subordinados o **centralizados**, coordinados y **descentralizados**, que pueden a su vez ser autónomos y autárquicos.

11.- Identificación del agente estatal.

No debemos confundir órgano con agente. Como el órgano es una creación jurídica, de existencia ideal, sin voluntad propia, requiere de un agente que actúe por él y éste es el ser humano cuyos actos son imputados al órgano. La imputación del acto a un órgano estatal es lo que hace que el agente sea también estatal y no particular o privado.

12.- Diferentes clases de agentes y su régimen jurídico.

Todo agente estatal, por desempeñar una función pública, debiera llamarse funcionario público, aunque se reserva éste nombre sólo para una clase de agentes, de tal modo que el agente es el género dentro del cual hay que distinguir varias especies: funcionario, contratado, reclutado. Cada clase de agente tiene su régimen jurídico propio.

13.- Funcionario Público: criterio de definición y elementos no definitorios.

La clase de agente propia de la Administración Pública moderna es la del Funcionario. Se lo distingue por el carácter permanente, normal, de la función que desempeña y del órgano o cargo al que se atribuye dicha función. Esta característica puede resultar imprecisa, por lo que ha sido sustituida por la de “ser designado para

desempeñar un cargo presupuestado”, pues en el presupuesto se prevén los cargos permanentes y no los transitorios o accidentales. Así dice la cuestionada ley 1.626 de la Función Pública: es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el presupuesto general de la nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado” (art. 4).

No son elementos definitorios:

a.- El rango o jerarquía del cargo. Son funcionarios desde el Pte. de la Rca. hasta el último ordenanza, otra cosa es que se rijan o no por el Estatuto del Funcionario Público.

b.- La clase de servicio prestado. Sea que consista en actos jurídicos (dictar resoluciones), intelectuales (profesor de institución pública de enseñanza), técnicos (como de un ingeniero de obras públicas) o materiales (como los de un mecánico).

c.- La forma de adscripción al cargo. Sea por elección como diputados y senadores; o por nombramiento, como la gran mayoría.

d.- El carácter voluntario del cargo. Como es normalmente, u obligatorio que sólo puede ser por expresa disposición de la ley y que se denomina carga pública, como conformar mesa en actos electorarios.

e.- La periodicidad de la función. Como lo es en todos los cargos electivos y en las cargas públicas, o limitación en el cargo como es en todos los demás casos. (permanencia).

f.- La remuneración del servicio. Por lo que además de permanencia adquiere profesionalidad la función pública; o su gratuidad en el caso del funcionario honorario, escaso, pero funcionario al fin.

El funcionario público se rige por su propio estatuto que es de Derecho administrativo, no laboral ni civil. Las cuestiones que se suscitan entre él y la administración competen a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En nuestro país es la Ley 1626/00, que está actualmente atacada por más de 95.000 acciones de inconstitucionalidad.

14.- Agentes contratados.

La administración central y los entes descentralizados en su carácter de personas jurídicas pueden contratar agentes y lo hacen para servicios accidentales o transitorios, como el caso de obreros para obras determinadas o profesionales y expertos para servicios específicos. La autorización presupuestaria puede estar implícita bajo el rubro “personal Transitorio” o sumas globales para “gastos sin discriminación”. Se rigen generalmente por su contrato que debe contemplar la clase de servicio, el tiempo de duración y la remuneración. En todo lo demás se rigen por el Derecho administrativo, como los profesores universitarios que quedan sometidos al mismo tiempo a los reglamentos de la universidad. La jurisdicción competente es la Civil y así está regulado en la ley 1.626/00, que dice: es personal contratado la persona que en virtud de un contrato y por tiempo determinado ejecuta una obra o presta un servicio al Estado. Sus relaciones jurídicas se regirán por el Código Civil, el contrato respectivo, y las demás normas que regulen la materia. Las cuestiones litigiosas que se susciten entre las partes serán de competencia del fuero civil. (art. 5).

15.- Agentes reclutados.

Son los que por obligación legal prestan un servicio accidental o transitorio dentro de la administración, sólo podría darse como ejemplo los miembros de mesas electorales cuyas funciones duran y terminan en el acto electoral, lo que también se llama carga pública. La diferencia que apunta Villagra Maffiolo entre el “reclutado” y la “carga pública” es que a pesar de ser ambas obligación legal, para los reclutados el **servicio o función es accidental** y la carga pública - aunque limitada en el tiempo- constituye una **función permanente, normal**. Los reclutados se rigen exclusivamente por el Derecho Administrativo y la jurisdicción es la Contencioso-administrativa. (para saber si los conscriptos son reclutados ver V.M. 127).

16.- Autoridad y empleado.

Comúnmente se usa el nombre de “empleado” para distinguir a cierta clase de funcionarios, sea a los subalternos, los remunerados los que ejecutan tareas materiales, etc. esa sí que la ley 1626/00 dice “Esta ley tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar que presten servicio en la administración central, entes descentralizados, etc., etc., y demás organismos y entidades del Estado”. También termina con la anarquía de criterios al decir: “En esta ley el funcionario o empleado público son términos equivalentes, con un mismo alcance jurídico a cuanto a sus derechos y responsabilidades en el ejercicio de la función pública” lo que es objetable para el autor V.M. (arts. 1 y 3).

La denominación de autoridad es mucho más cierta: es apropiada para designar a los agentes, sean funcionarios contratados o reclutados, con facultades de dictar resoluciones y emitir órdenes. Su calificación no depende de la jerarquía: es autoridad un agente subalterno de la policía de tránsito, y no lo es un alto funcionario con funciones puramente técnicas. El que el agente sea no solo autoridad sino además competente es de decisiva importancia a los efectos de, entre otros, la detención y el arresto, que sólo podrá tener lugar en virtud de orden escrita de autoridad competente” (art. 12 C.). Para completar, la ley 1626/00 establece que “Es personal de servicio auxiliar (chóferes, ascensoristas, limpiadores, ordenanzas y otros de naturaleza similar (para mí hay discriminación) la persona nombrada para tales funciones por la máxima autoridad del organismo o entidad del Estado en el que fuera aprestar sus servicios... ..trabaja en relación de dependencia con el Estado, su trabajo será retribuido y su relación laboral se regirá por el código del trabajo”.

17.- Funcionarios de hecho: condiciones para la convalidación de sus actos.

La teoría de convalidación de los actos de los funcionarios de hecho está fundada en la pública apariencia de regularidad del ejercicio de la función del órgano. **Funcionario de hecho** es el que, dotado de una investidura

irregular, realiza actos jurídicos en el ejercicio de la función pública. Se diferencia del usurpador, que es el que ejerce una función pública sin investidura, ni irregular siquiera.

Las condiciones de convalidación propuestas por Gastón Jéze son, en resumen: la pública apariencia de regularidad de la función y el carácter "plausible" de su ejercicio, es decir que éste ejercicio de la función haya sido indispensable para asegurar continuidad de los servicios públicos esenciales. Preciso es distinguir entre los actos celebrados por funcionarios de hecho durante una crisis política (como en guerra, revolución, etc.) y los realizados en época normal. Los del primer caso corren la suerte de la crisis, de modo que la regularidad y validez será juzgada conforme al régimen que finalmente sea reconocido. (por ejemplo durante la revolución del 17 de febrero de 1936 en que ex combatientes de la Guerra del Chaco se hicieron cargo de los Juzgados de Paz y celebraron toda clase de actos de competencia del cargo y cuya validez nunca fue cuestionada, otra cosa hubiese sido si la revolución no hubiera triunfado). Para los actos celebrados por funcionarios en época normal parece suficiente la pública apariencia de regularidad. El requisito de plausible no ocurre en la mayor parte de los casos y con todo será necesaria la convalidación del acto.

El criterio de pública apariencia de regularidad se funda en el principio general de la publicidad necesaria para exigir el cumplimiento de las normas jurídicas y en nuestro derecho positivo tiene base legal en lo dispuesto por el artículo 376 del C.C. que dice: "La falta en la persona del oficial público de las cualidades o condiciones necesarias para el desempeño del cargo, o cualquier irregularidad en su nombramiento o recepción del empleo, no afectará la eficacia del acto"; sin embargo el acto debe cumplir con todos los demás requisitos de validez: autorización legal, competencia, forma prescripta, etc., sino sería nulo por su propio defecto. Se pueden ver los ejemplos en la página 166 del texto del eximio creador de la "Cogestión de los empresarios privados", Prof. Dr. Villagra Maffiodo.

LECCIÓN IX Organización Administrativa

La organización administrativa de la que trata éste capítulo está tomada en su sentido propio de relaciones entre los órganos cuyo complejo constituye un sistema total en el estado, y su ordenamiento en sistemas parciales dentro del mismo Estado.

1.- Objeto de la Ciencia de la administración y del Derecho Administrativo.

Esta materia es a la vez objeto de la Ciencia de la administración y del Derecho Administrativo, que la enfocan desde puntos diferentes pero muy relacionados entre sí.

La Ciencia de la Administración busca organizar la administración en la forma adecuada para la realización de sus fines políticos, económicos y sociales.

El Derecho Administrativo tiene por función asegurar el comportamiento de los órganos y sus agentes para la obtención de los mismos fines. Está sujeto a las indicaciones técnicas de la ciencia de la administración que constituyen su fuente prejurídica (si se aparta de ella debe reformarse para ajustarse a esas indicaciones). La C. de la Administración se halla también condicionada por los principios del DA, por ejemplo: no puede trasplantar a la administración pública la libre delegabilidad de autoridad que es facultad ilimitada del empresario o dueño del negocio privado.

2.- Ordenamiento de los órganos en unidades administrativas.

Ciñendo el estudio a la administración que tiene a su cargo el Ejecutivo, es tarea de la ciencia administrativa la organización de unidades operativas para la realización de toda clase de servicios y funciones, condicionamiento técnico que tiene importancia para el DA que atribuirá competencia no a los órganos individualmente sino a las unidades o a sus directores y jefes.

La unidad administrativa base puede ser llamada **departamento**, definido como sección de la administración caracterizada por la reunión de los medios necesarios (personal y material) para ejecutar una función o realizar un servicio determinado. Esta provisto de un núcleo central de dirección (jefe o consejo directivo), los agentes auxiliares de la función o servicio (x ejemplo médicos en los Deptos. de sanidad), agentes auxiliares adscriptos al departamento para asesorar o complementar el trabajo (médicos escolares, etc.).

La **departamentalización** puede hacerse siguiendo el criterio de:

La finalidad: como en el IBR, sus servicios tienen por finalidad el bienestar común de la población rural. **Del proceso operativo**, como el MOPC que ofrece homogeneidad de técnica operativa para todas las gobernaciones. **Del territorio**, como las municipalidades. El de los **destinatarios del servicio** como la asistencia a repatriados o a veteranos de la guerra del Chaco.

Los departamentos (o como se denomine a las unidades administrativas básicas) pueden descomponerse en sus elementos constitutivos (divisiones, secciones, grupos, etc.) cuya uniformación en la ley de presupuesto es conveniente para ayudar a definir la línea de autoridad a través de toda la administración pública. Los departamentos pueden a su vez organizarse en pequeñas y grandes unidades. Así la Universidad Nacional es la gran unidad compuesta por pequeñas unidades que son las facultades; el Ministerio de Educación y Cultura es una gran unidad que comprende los Departamentos de enseñanza primaria, media, etc. Este ordenamiento sirve al DA porque toma a la unidad superior para otorgarle personería jurídica (UNA, BCP) y en cambio atribuye competencia a las unidades subordinadas (facultades, superintendencia de bancos). El estricto sistema de organización militar de 3 unidades bases para constituir una mayor, obedece al alcance máximo del control del jefe, que se estima no puede exceder de 3 unidades subordinadas. Así cuando el número de ministerios crece excesivamente se los agrupa en sectores, seguridad, bienestar social, económico-financiero, etc., para que el Presidente de la República los pueda controlar por grupos; lo mismo pasa dentro de cada ministerio.

3.- Unidad de la Administración.

Dos son los principios que deben seguirse para una buena administración tanto privada o pública: el de la Unidad y el de Especialización de Funciones. El de **Unidad de la administración** se asegura mediante la unidad de mando, no con carácter autoritario sino como acción coordinada de un equipo.

Representar al Estado: nuestra Constitución, desde su antecedente de 1870, encarga la Representación General del país y la Dirección de su Administración al Presidente de la República (art. 238). Representa al Estado ante los Estados extranjeros y no tiene a su cargo la administración de los demás poderes, por aquello del equilibrio y recíproco control que estatuye la carta magna. Así también el legislativo no podría crear una institución administrativa que escapara por completo al control del Presidente, por la simple razón de que el presidente no tendría entonces a su cargo y no sería responsable de dirigir la administración general del país, como manda la Constitución.

Atribuciones Constitucionales del Presidente de la República: Artículo 238: De los deberes y atribuciones del Presidente de la República: Son deberes y atribuciones **de quien ejerce** la Presidencia de la República:

- 1) representar al Estado y dirigir la administración general del país;
- 2) cumplir y hacer cumplir esta Constitución y las leyes;
- 3) participar en la formación de las leyes, de conformidad con esta Constitución, promulgarlas y hacerlas publicar, reglamentarlas y controlar su cumplimiento;
- 4) vetar, total o parcialmente, las leyes sancionadas por el Congreso, formulando las observaciones u objeciones que estime convenientes;
- 5) dictar decretos que, para su validez, requerirán el refrendo del Ministro del ramo;

- 6) nombrar y remover por sí a los ministros del Poder Ejecutivo, al Procurador General de la República y a los funcionarios de la Administración Pública, cuya designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por esta Constitución o por la ley;
- 7) dirigir el manejo de las relaciones exteriores de la República. En caso de agresión externa, y previa autorización del Congreso, declarar el Estado de Defensa Nacional o concertar la paz; negociar y firmar tratados internacionales; recibir a los jefes de misiones diplomáticas de los países extranjeros y admitir a sus cónsules y designar embajadores, con acuerdo del Senado;
- 8) dar cuenta al Congreso, al inicio de cada periodo anual de sesiones, de las gestiones realizadas por el Poder Ejecutivo, así como informar de la situación general de la República y de los planes para el futuro;
- 9) es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación, cargo que no se delega. De acuerdo con la ley, dicta los reglamentos militares, dispone de las Fuerzas Armadas, las organiza y distribuye. Por sí, nombra y remueve a los demás comandantes de la Fuerza Pública. Adopta las medidas necesarias para la defensa nacional. Provee, por sí, los grados en todas las armas, hasta el de teniente coronel o sus equivalentes y, con acuerdo del Senado, los grados superiores;
- 10) indultar o conmutar las penas impuestas por los jueces y tribunales de la República, de conformidad con la ley, y con informe de la Corte Suprema de Justicia;
- 11) convocar a sesiones extraordinarias al Congreso, a cualquiera de las Cámaras o a ambas a la vez, debiendo éstas tratar sólo aquellos asuntos sometidos a su respectiva consideración;
- 12) proponer al Congreso proyectos de ley, los cuales podrán ser presentados con solicitud de urgente consideración, en los términos establecidos en esta Constitución.
- 13) disponer la recaudación e inversión de las rentas de la República, de acuerdo con el Presupuesto General de la Nación y con las leyes, rindiendo cuenta anualmente al Congreso de su ejecución;
- 14) preparar y presentar a consideración de las Cámaras el proyecto anual de Presupuesto General de la Nación;
- 15) hacer cumplir las disposiciones de las autoridades creadas por esta Constitución, y
- 16) los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución.

4.- Forma centralizada de organización.

Esta función la ejerce el presidente con sus ministros, que constituyen el Poder Central de la Administración. En el legislativo y en el judicial no existen poderes centrales, sino órganos coordinados, no supraordenados (Cámaras de Diputados y Senadores; Jueces y Tribunales con sus propias esferas de competencia. Los Jueces y Tribunales gozan de la misma competencia y sólo administrativamente están subordinados a la Corte Suprema).

Hay **Centralización Administrativa** en la medida en que los órganos del poder central retienen sus facultades de emitir actos administrativos reglamentarios e individuales, de modo que los subordinados son simples ejecutores. Es la forma de centralización que se denomina "**De Competencia**". En éste ordenamiento las facultades del órgano superior son las del poder jerárquico en toda su plenitud: las de emitir órdenes e instrucciones y revocar o corregir los actos del inferior sin limitaciones. La forma centralizada de administración no es rígida, sino que admite grados que le llevan paulatinamente a la descentralización, porque, por ejemplo, no es preciso que el poder central tenga intervención directa permanente en los servicios, aún los más centralizados; lo usual es que los órganos subordinados tengan atribuciones determinadas, reservándose el poder central adoptar las medidas que considere decisivas y oportunas, por ejemplo en el caso de la Policía Nacional, que tiene sus jefes, pero las órdenes directas las da el Ministerio del Interior a la Policía.

5.- Especialización de funciones: atribuciones de los Ministros y del Consejo de Ministros.

El otro principio insoslayable en toda administración que alcance alguna complejidad dijimos que era el de Especialización de Funciones. Dentro del Ejecutivo, en el que se asegura la unidad de la administración mediante las facultades constitucionales del Presidente; la Constitución abre la posibilidad de la especialización de funciones con la previsión de la creación por ley de los ministerios, que tendrán a su cargo... "la dirección y gestión de los negocios públicos...cuyo número y funciones serán determinados por ley", según lo establece la carta magna en el 240 y subsiguientes. Dirección y gestión de los negocios públicos quiere decir resolver los asuntos dentro de las funciones que les fije la ley. En suma el P.E. es un complejo de órganos en forma de pirámide en cuya cúspide está el presidente que con sus atribuciones sobre toda la administración y su facultad de remover y nombrar los Ministros asegura su Unidad, y por debajo están los ministros que son jefes de las diferentes funciones y servicios y los puntos de partida de la descentralización administrativa.

6.- Centralización y descentralización. Descentralización política y administrativa.

Son dos términos opuestos, etimológicamente **Centralizar** quiere decir concentrar en un centro (el poder del Estado). **Descentralizar** quiere decir separar del centro. El poder político está centralizado cuando la autoridad que rige al Estado monopoliza, junto con el cuidado del bien público en todos los lugares, materias y aspectos, el poder de mando y el ejercicio de las funciones públicas. El poder está descentralizado cuando ciertos grupos existentes en el seno del Estado (comunidades, regiones, etc.) posean determinados atributos de la potestad pública.

La descentralización política puede tomar como base al territorio, tomando distintas partes del mismo como unidades políticas autónomas con poder político, como ocurre en los Estados Federados. El Estado tiene un poder que reparte su ejercicio con los poderes de las unidades, en cada unidad habrá un poder local que se ejerce sobre ciertas materias, en tanto el poder del Estado se ejercerá sobre todo el territorio. (Bidart Campos). Otra forma puede tomar como base la nacionalidad de los hombres, cuando en el Estado hay población heterogénea, pero para saber eso lean Bidart Campos.

No hay que confundir esto con la separación de poderes. En la **descentralización política**, el grupo con poder político aparece como un sujeto o entidad de derecho público, habilitado para ejercer parte del poder estatal. **En la división de poderes**, un poder único reparte sus distintas funciones entre órganos de ese mismo poder, separados y distintos, de modo tal que hay 1 gobierno formado por varios órganos entre los cuales se divide el ejercicio de las funciones. (que entiendo yo sería la descentralización administrativa). En la descentralización política no hay un poder único: el poder estrictamente estatal y su gobierno es compartido y nos da la cualidad de autonomía. No es lo que ocurre en nuestro país, porque nuestra Constitución establece sobre la forma del Estado y de Gobierno que “La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, **unitario, indivisible, y descentralizado** en la forma que establecen esta Constitución y las leyes”.

La descentralización administrativa se mueve solo en el ámbito de la función administrativa y de los órganos de la administración pública, deriva de la cualidad de mera autarquía y no de autonomía. El órgano descentralizado administrativo es un ente autárquico. La descentralización administrativa puede ser Territorial, por ejemplo el caso nuestro de las municipalidades; Institucional, como cuando el ente se descentraliza al solo efecto de prestar ciertos servicios públicos. Así vemos que la descentralización administrativa consiste en llevar a cabo la actividad administrativa en forma indirecta, a través de órganos que tienen cierta competencia y gozan de personalidad jurídica como entes autárquicos. QUEDÓ CLARO?

A continuación, algunos artículos constitucionales que hablan sobre el punto: 3- .Del Poder Público. El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público.

156 - De la estructura política y administrativa: A los efectos de la estructuración política y administrativa del Estado, el territorio nacional se divide en departamentos, municipios y distritos, los cuales, dentro de los límites de esta Constitución y de las leyes, gozan de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses, y de autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos. 159 - De los departamentos y municipios: La creación, la fusión o la modificación de los Departamentos y sus capitales, de los municipios y de los distritos, en su caso, serán determinadas por la ley, atendiendo a las condiciones socioeconómicas, demográficas, ecológicas, culturales e históricas de los mismos. 166 - De la autonomía: Las municipalidades son los órganos de gobierno local con personería jurídica que, dentro de su competencia, tienen autonomía política, administrativa y normativa, así como autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos.

7.- Descentralización de competencia: sus grados.

El P.E. no puede descentralizar sus propias funciones, por el principio de indelegabilidad de las funciones públicas. Es el PL. el que puede, a título de interpretar y reglamentar las disposiciones de la Constitución (art. 202) asignar determinadas competencias a los órganos subordinados del P.E., interrumpiendo incluso el estricto orden jerárquico, pero siempre bajo algún medio de control del poder central.

1er grado? El primer paso que da la ley es el de **instituir órganos con facultad para resolver cuestiones concretas**, vale decir para emitir actos administrativos individuales, así dejan de ser meros ejecutores de decisiones del poder central, convirtiéndose en autoridades para la ejecución de la ley. Ejemplo típico: las Direcciones Generales recaudadoras de tributos. Desde el momento que ley atribuye la competencia a las Direcciones recaudadoras para resolver todas las cuestiones que se susciten en las reparticiones de su dependencia, el Ministerio de Hacienda queda desembarazado de la función de recaudar, pero conserva, sin lugar a dudas, la facultad de dar órdenes e instrucciones generales y la de rever por el recurso jerárquico las resoluciones de los inferiores por medio del Consejo de Tributación que está directamente subordinado al Ministro de Hacienda (que , a todo esto, está un balazo!), así como lo hace la ley 109/92 que establece las funciones y estructura del MH.

Lo relevante desde el punto de vista jurídico es que por su facultad el poder central no puede resolver en lugar del órgano subordinado, interfiriendo en materias de competencia que son de aplicación estricta.

8.- Institución administrativa con facultad reglamentaria: autonomía.

Un avance de trascendencia se opera cuando la ley atribuye a órganos administrativos no sólo competencia para resolver cuestiones concretas, sino facultades reglamentarias, para regular mediante reglamentos determinadas actividades económicas y sociales (sería el 2do grado de descentralización de competencia). Esta descentralización que así se produce no es del Ejecutivo, es del Legislativo que delega parte de sus atribuciones, pero se incluye en el cuadro general de descentralización del poder central ejecutivo porque son los órganos del ejecutivo los que van a ejercitar la delegación legislativa (por medio de los reglamentos externos). Como ejemplo puede darse a la Policía Nacional, que tiene la facultad de dictar Edictos en materia de orden público y seguridad de las personas y sus bienes. Igual ocurre con las municipalidades y el BCP, pero en estas instituciones se combinan varias formas de descentralización; y la forma pura de descentralización de competencia se da en el ejemplo de la Policía Nacional.

La jefatura de Policía no tiene personería jurídica, pero sí está revestida de competencia para dictar edictos, con la consecuencia de que es éste órgano el que dicta normas de carácter general en su esfera respectiva; no el Ministerio del Interior. Es descentralización de competencia (aunque algunos la llaman burocrática) porque

desde el punto de vista estrictamente jurídico es la competencia que en vez de radicar en el poder central se descentraliza y pertenece a un órgano subordinado. OK?

Autonomía: la descentralización **no constituye por sí misma autonomía**, (sino que conduce a la autonomía de las instituciones administrativas así descentralizadas) porque para ello se requiere además un orden jurídico que les asegure relativa independencia, relajando el orden jerárquico que las somete al poder central, lo que no existe en el caso de la Policía Nacional, sujeta a órdenes e instrucciones directas del Ministerio del Interior. **Pero sí conduce a la autonomía** en el sentido auténtico del vocablo, en cuanto que las instituciones y órganos en ésta formas descentralizadas no se limitan a aplicar la ley, sino que además aplican las normas dictadas por ellos mismos.

9.- Descentralización de personalidad: sus especies.

Hasta ahora el proceso de descentralización se produjo sin necesidad de que el órgano, el departamento o la institución administrativa sea investida de personalidad jurídica, le basta con la competencia que le ha sido asignada para cumplir las funciones de carácter público. Ahora avanzamos (3er grado): si el Estado fuera la única persona jurídica existente para la actuación de toda la administración pública en derecho privado, habría una centralización de personalidad inadecuada, porque sólo el Estado podría ser titular de derechos y obligaciones (de derecho Privado), tener patrimonio, contratar, ser responsable, actuar ante los tribunales, etc. La personalidad única sería un desastre, en pocas palabras, el representante del Estado tendría que concurrir personalmente a todos lados para cumplir con la representación.

La solución jurídica para este problema consiste en la atribución de personalidad a las instituciones estatales que la necesitan y de éste modo se escinden (separan) de la persona jurídica del Estado. Varias son las razones que recomiendan ésta solución, las que dan lugar a diferentes tipos de organización administrativa.

10.- Institución administrativa con personería jurídica: autarquía.

La personalidad jurídica es de carácter eminentemente patrimonial pero se le otorga a ciertas instituciones administrativas con el objeto de garantizar su autonomía. Por ejemplo la universidad nacional que tiene la función de reglamentar la enseñanza superior, la que podría cumplir sin patrimonio propio, capacidad para contratar, etc., dentro de la persona Estado; pero con autonomía disminuida porque hasta la libertad académica necesita un sustentáculo económico en qué basamentarse (ya decía Santo Tomás que hace falta un mínimo hasta para practicar la virtud) Además tiene en su propia esfera de administración fuentes de recursos como los derechos de estudio y otros servicios (si no, vean cuánto recauda la facultad de derecho) cuyo destino más apropiado es contribuir a formar el patrimonio universitario. Por último con personalidad jurídica puede la universidad aceptar legados y donaciones, que de otro modo aunque fueran destinados a la universidad ingresarían a las rentas de la nación sin seguridad de que reviertan en beneficio de ella (más seguro es a los bolsillos de los manguruyuses). Lo cierto es que sin personalidad jurídica y por tanto sin capacidad, no podría llegar a la autosuficiencia económica. Es la cualidad necesaria para ello. A ésta clase de descentralización que suele denominarse propiamente administrativa la llamamos descentralización de personalidad o de capacidad.

Autarquía: la misma descentralización de personalidad conduce a la autarquía. Otra vez decimos que conduce y no que constituye, porque es evidente que la posibilidad jurídica de autosuficiencia es una cosa y su realización de hecho, es otra. Desde Aristóteles autarquía significa autogobierno y autosuficiencia, actualmente significa autosuficiencia económica.

11.- Empresa Pública.

Para ellas resulta no sólo adecuada sino indispensable la concesión de personería jurídica porque persiguen fines económicos (industrial, comercial, bancaria, etc.) y cuentan con recursos generados por su propia actividad. Su autarquía constituye el instrumento jurídico administrativo con que el Estado se enfrenta al problema de su intervención directa, cada vez más extendida en la economía. Intervención que se multiplica bajo la forma de empresa pública revestida de personalidad jurídica que le permite actuar con la agilidad y los métodos de la empresa privada. (Además, con la separación patrimonial y contable respecto de la administración central, se hace posible evaluar los resultados de la explotación de la empresa pública que si bien no tiene por objeto obtener beneficios, debe demostrar por lo menos que no sufre pérdidas).

Las existentes en nuestro país (ANDE, PETROPAR, VALLEMI) están caracterizadas en sus respectivas leyes orgánicas como institución autárquica, con personería jurídica y patrimonio propio, notas calificativas de las que la personalidad jurídica es fundamental, porque mediante ella puede tener patrimonio, recursos y presupuesto propios, capacidad para contratar, etc. Deben ser creadas por ley, porque su creación implica atribuir una nueva función al Estado; y por la necesaria asignación de recursos que es también materia reservada a la ley. Las municipalidades pueden hacerlo por ordenanza siempre que dispongan de recursos propios incluidos para el efecto en el presupuesto municipal. No pueden desprenderse por completo del DA, porque en definitiva son empresas públicas y no privadas, sus fondos son bienes públicos, sus agentes son estatales, etc. Ver página 140 V.M.

12.- Empresa Mixta.

Son también entidades administrativas descentralizadas que en parte pertenecen al Estado y en parte a empresarios particulares. Es mixta por el aporte de capital privado y estatal y también POR LA COGESTIÓN DE LOS EMPRESARIOS PRIVADOS que generalmente condicionan su aporte de capital a su participación en la administración de la empresa. También deben ser creadas por ley, por las mismas razones que la empresa pública y por que la empresa mixta es una concesión parcial de servicio público a favor de particulares, concesión que como tal debe ser otorgada por ley y por tiempo limitado. Demás está decir que el poder de decisión no debe quedar en manos de los empresarios privados. Una particularidad de ellas consiste en que

perteneciendo parte de su capital y demás bienes a particulares, están sometidos sin embargo, en su totalidad, al régimen de los bienes y fondos públicos, porque no puede separarse la parte privada de la pública y por lo mismo los directores son responsables del manejo de la totalidad de los fondos, que son indiscriminadamente privados y públicos.

Fundamentos de su creación: suele aducirse como razones para recurrir a su constitución la insuficiencia de recursos ordinarios del Estado para la inversión de capitales en obras y servicios públicos de gran magnitud, y la necesidad de utilizar la especialización y tecnología de empresas privadas en actividades en que la administración estatal no tiene experiencia. Se agrega que la participación empresaria privada puede ser un correctivo para la administración estatal defectuosa. **Crítica:** tales argumentos tienen escasa vigencia hoy día, hay fuentes internacionales de financiamiento que están al alcance del Estado. La falta de experiencia cabe suplirla con la contratación de expertos y la formación de técnicos nacionales, y en cuanto a que la administración será corregida o mejorada puede ponerse en duda por la coexistencia conflictiva de 2 elementos inconciliables: el interés público de asegurar y mantener los menores precios y el particular de elevarlos para obtener las mayores utilidades, conflicto que sólo puede resolverse a costa del primero, puesto que los particulares no pueden renunciar al lucro que han tenido en vista al asociarse; por último, si la empresa mixta goza de monopolio u otros privilegios estatales, como es frecuente, los empresarios particulares obtienen con su asociación con el Estado ventajas extraordinarias que riñen con el principio constitucional de igualdad de los habitantes, con lo que le doy plena razón a mi amigo Marcos ADV.

13.- Empresa Plurinacional.

Derivación novedosa de la empresa pública estatal es la empresa plurinacional, modelo de la cual es Itaipú Binacional que según uno de los autores de su estatuto es una "Entidad Binacional de naturaleza empresarial". Se la constituye por tratado porque obliga a los Estados o por su intermedio a sus respectivas empresas públicas y, además, porque deben resolverse numerosas cuestiones de derecho internacional, privado, civil, comercial, laboral fiscal, monetario, etc., que se susciten con motivo de la explotación empresarial en común. Aunque el tratado y el estatuto no confieren a Itaipú personalidad jurídica autónoma, tal configuración está obviamente implícita en el Artículo IV del estatuto, según el cual la empresa tendrá capacidad jurídica, financiera y administrativa y también responsabilidad técnica para estudiar, proyectar dirigir y ejecutar las obras que tiene como objeto, ponerlas en funcionamiento y explotadas, pudiendo, para tales efectos, adquirir derechos y contraer obligaciones. Como ésta personalidad jurídica, dotada de amplio espectro de poderes se destina a la explotación de un bien público, otorgada conjuntamente por los 2 estados condóminos, resulta más de los que caracterizan la existencia de una **persona jurídica pública de carácter internacional**.

14.- Formas combinadas de descentralización: institución autónoma y autárquica.

Las formas que describimos supra casi nunca se hallan aisladas sino combinadas y como imbricadas unas en otras. La combinación se produce bajo las formas siguientes:

- a) cuando a una institución autónoma o con competencia para regular mediante reglamentos determinadas esferas de actividad económica o social se le confiere personalidad jurídica, como a las municipalidades, el BCP, etc.; tenemos una entidad autónoma y a la vez autárquica.
- b) Si a una empresa pública se le conceden las mismas facultades reglamentarias, como a la ex ANTELCO para regular todo lo relativo a Telecomunicaciones, se configura una empresa pública que es autárquica y a la vez autónoma. (ahora esa parte está a cargo de CONATEL)
- c) La misma combinación puede existir en una empresa mixta, como lo fue COPACAR, que tenía facultad para regular el abastecimiento y comercio de la carne, resultando entonces una empresa mixta autárquica y autónoma.
- d) Parecida forma de descentralización podría darse en las empresas plurinacionales si alguna vez se le conceden facultades reglamentarias en algunas materias, lo que sería aún más importante por su carácter internacional, como la reglamentación de la navegación de los ríos por Itaipú o Yacretá.

15.- Desconcentración de servicios.

No hay que confundir "descentralización" en su concepto jurídico con la "desconcentración" que sólo consiste en la distribución de servicios dentro del territorio. Tiene importancia para la comodidad de los usuarios y para la eficacia de la propia administración. Pero no tiene relevancia jurídica, mientras las oficinas locales de ANDE, por ejemplo, no tengan por ley alguna competencia especial que no sea el mero servicio de energía eléctrica. Así también se desconcentra la localización - en las diferentes circunscripciones judiciales de la república - de los juzgados y tribunales, que tienen la misma competencia que los de la capital, por lo que no hay descentralización de competencia a favor de ellos.

16.- Medios de control de las entidades descentralizadas.

Se afirma que no es admisible que la autonomía administrativa constituya un Estado dentro del Estado. Por más completa que sea la descentralización, nunca podrá decirse que forma un nuevo Estado porque es hechura de la ley y la misma ley la puede suprimir. Bajo su aspecto técnico-administrativo, una descentralización extrema rompe la unidad de la administración y dificulta la adopción de un programa general de gobierno, escapando además al sistema de control indispensable a toda administración pública. Por otro lado, si la autarquía o autonomía es excesivamente disminuida se pierden las ventajas de la independencia, rapidez de acción y especialización de funciones. Bajo el aspecto jurídico se impone tener presente que es el presidente el administrador general del país y los ministros los que tienen a su cargo el despacho de los negocios, atribuciones del poder central que pueden ser reglamentadas por ley, de modo que dejen cierto margen de independencia a las entidades descentralizadas. El Ejecutivo y el legislativo no pueden dejar de ejercer control sobre las entidades descentralizadas, porque sería inconstitucional.

Los medios de coordinación y control son:

a) del Legislativo:

- la sanción del presupuesto, la más directa y efectiva intervención para planear y coordinar los servicios estatales.
- La reforma de las leyes orgánicas para corregir defectos de administración en los entes descentralizados.
- La designación de comisiones investigadoras, las que no deben interferir en la administración, sino informar y recomendar medidas pertinentes.
- El Defensor del Pueblo (ombudsman) para recibir las quejas y denuncias e investigar la ejecución de las leyes administrativas por las autoridades.

b) del Ejecutivo:

- Designación de directores de entes descentralizados, el más efectivo medio de control por ser un cargo de confianza que permite asegurar que se ajustarán a los planes de gobierno.
- Ajuste y aprobación de los presupuestos por el Ministerio de Hacienda antes de ser presentados al legislativo, control previo de la Dirección de Presupuesto y control posterior de la ejecución a cargo de la Contraloría General.
- Los presupuestos se elaborarán con sujeción a los lineamientos y montos globales que determine el Ejecutivo, dice la ley 1535/99 de Administración Financiera del Estado.
- El Ejecutivo establece las políticas y normas técnicas de operación y medición necesarias para la evaluación y control de resultados de la ejecución presupuestaria (1535/99).
- El sistema de control de la Administración Financiera del Estado es interno y externo y está a cargo de la Contraloría General de la República, de la Auditoría General del Poder Ejecutivo y de las Auditorías Internas Institucionales.
- Control mediante los síndicos de las empresas públicas.
- Intervención del Ejecutivo a las municipalidades y gobernaciones.

c) del Poder Judicial:

- la 2ª Sala del Tribunal de Cuentas ejerce el Control de las cuentas de inversiones del Presupuesto General de la Nación, sobre cuya ejecución informa anualmente al Legislativo cuando se presenta el informe anual de la C.S.J.
- En ocasión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por los particulares, el tribunal de cuentas controla la legalidad de los actos de la administración, inclusive de los entes descentralizados.
- El Consejo de Tributación es el organismo competente para conocer y decidir en los recursos de apelación deducidos por los contribuyentes contra las resoluciones administrativas dictadas por los organismos o funcionarios dependientes del Ministerio de Hacienda.

Crítica: tan variada y extensa gama de medios de control debería ser suficiente, pero no lo es, sea por falta de ejercicio, sea por ineficacia. Un medio podría adicionarse: la participación de los sectores directamente afectados por las facultades reglamentarias de ciertos entes autónomos o interesados en las actividades comerciales e industriales e los entes autárquicos, democratizando la administración. Así es que existen ya en los Consejos de Administración representantes de los usuarios, pero no deberían ser nombrados por el poder central, sino por los propios interesados.

17.- Los Departamentos. Gobierno departamental. Competencia. Recursos intervención. Destitución.

156 - De la estructura política y administrativa: A los efectos de la estructuración política y administrativa del Estado, el territorio nacional se divide en departamentos, municipios y distritos, los cuales, dentro de los límites de esta Constitución y de las leyes, gozan de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses, y de autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos. **159 - De los departamentos y municipios:** La creación, la fusión o la modificación de los Departamentos y sus capitales, de los municipios y de los distritos, en sus caso, serán determinadas por la ley, atendiendo a las condiciones socioeconómicas, demográficas, ecológicas, culturales e históricas de los mismos. **161 - Del Gobierno departamental:** El Gobierno de cada Departamento será ejercido por un Gobernador y por una Junta Departamental. Serán electos por voto directo de los ciudadanos radicados en los respectivos departamentos, en comicios coincidentes con las elecciones generales, y durarán cinco años en sus funciones. El Gobernador representa al Poder Ejecutivo en la ejecución de la política nacional. No podrá ser reelecto. La ley determinará la composición y las funciones de las juntas departamentales.

163 - De la competencia: Será de competencia del Gobierno departamental: 1) coordinar las actividades con las de las distintas municipalidades del Departamento; organizar los servicios departamentales comunes, tales como obras públicas, provisión de energía, de agua potable y los demás que afecten conjuntamente a más de un Municipio, así como promover las asociaciones de cooperación entre ellos; 2) preparar el plan de desarrollo departamental, que deberá coordinarse con el Plan Nacional de Desarrollo, y elaborar la formulación presupuestaria anual, a considerarse en el Presupuesto General de la Nación; 3) coordinar la acción departamental con las actividades del Gobierno central, en especial lo relacionado con las oficinas de carácter nacional del Departamento, primordialmente en el ámbito de la salud y en el de la educación; 4) disponer la integración de los Consejos de Desarrollo Departamental, y 5) las demás competencias que fijen esta Constitución y la ley.

164 - De los recursos: Los recursos de la administración departamental serán:

- 1) la porción correspondiente de impuestos, tasas y contribuciones que se definan y regulen por esta Constitución y por la ley;
- 2) las asignaciones o subvenciones que les destine el Gobierno nacional;
- 3) las rentas propias determinadas por ley, así como las donaciones y los legados, y
- 4) los demás recursos que fije la ley.

165 - De la intervención: Los departamentos y las municipalidades podrán ser intervenidos por el Poder Ejecutivo, previo acuerdo de la Cámara de Diputados, en los siguientes casos:

- 1) a solicitud de la Junta Departamental o de la Municipal, por decisión de la mayoría absoluta;
- 2) por desintegración de la Junta Departamental o de la Municipal, que imposibilite su funcionamiento, y
- 3) por grave irregularidad en la ejecución del presupuesto o en la administración de sus bienes, previo dictamen de la Contraloría General de la República. La intervención no se prolongará por más de noventa días, y si de ella resultase la existencia del caso previsto en el inciso 3), la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta, podrá destituir al Gobernador o al Intendente, o a la Junta Departamental o a la Municipal, debiendo el Tribunal Superior de Justicia Electoral convocar a nuevos comicios para constituir las autoridades que reemplacen a las que hayan cesado en sus funciones, dentro de los noventa días siguientes a la resolución dictada por la Cámara de Diputados.

Ley 317/94 que reglamenta la intervención a los gobiernos departamentales y/o a los gobiernos municipales

2º.- Casos de intervención: Las intervenciones podrán realizarse en los siguientes casos:.

1. A solicitud de la Junta Departamental o Municipal por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros:

- a) En razón de grave irregularidad en la ejecución del presupuesto o en la administración de los bienes, previo dictamen de la Contraloría General de la República ; y,
- b) Por mal desempeño de sus funciones o graves indicios de delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos por parte de los Gobernadores o Intendentes Municipales.-

2. Por desintegración de la Junta Departamental o Municipal que imposibilite su funcionamiento, y a solicitud del Gobernador, del Intendente Municipal o de dos o más Miembros de la Junta Departamental o Municipal. Se considerará desintegrada la Junta correspondiente cuando no se haya logrado quórum legal necesario en seis sesiones ordinarias sucesivas o cuando por renuncia de sus Miembros y habiendo asumido los suplentes, éstos no fueren suficientes para completar el quórum legal.

3. Por los hechos señalados en el apartado 1) que fueran detectados directamente por la Contraloría General de la República, con dictamen y a solicitud de ésta.

3º.- Solicitud de intervención y del trámite de la denuncia. La solicitud de intervención será presentada al Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior. Los antecedentes deberán ser remitidos a la Cámara de Diputados dentro del plazo de 6 (seis) días hábiles, la que constituirá una Comisión especial para la investigación de los hechos denunciados, debiendo expedirse dentro del plazo de quince días hábiles.

4º.- Del Interventor. En caso de ser otorgado el Acuerdo por la Cámara de Diputados, el Poder Ejecutivo decretará la intervención y designará al Interventor dentro del plazo de quince días. El interventor deberá ser graduado en Derecho o en Ciencias Económicas, Administrativas o Contables y reunir los mismos requisitos exigidos para acceder al cargo intervenido, salvo el de la residencia. Es personalmente responsable de los actos realizados en el cumplimiento de sus funciones.

6º.- De los deberes y atribuciones del interventor: Son deberes y atribuciones del Interventor:.

1. Asumir la dirección de la administración del ente intervenido. Sus atribuciones se limitarán a la dirección del personal y a la ejecución presupuestaria. Mientras dure la intervención el Gobernador o el Intendente Municipal quedarán suspendidos en sus funciones.
2. Implementar los mecanismos y procedimientos necesarios para comprobar y aclarar los hechos que motivaron la intervención. Si ella hubiere sido motivada en la existencia de grave irregularidad en la ejecución presupuestaria o en la administración de los bienes, denunciada por la Junta Departamental o Municipal, el Interventor podrá solicitar el concurso de la Contraloría General de la República, para que ésta asesore y dictamine al respecto.
3. Convocar a las autoridades electivas y al personal administrativo del organismo intervenido a los efectos de recabar las informaciones relacionadas con la intervención.
4. Suspender por causa debidamente justificada en sus funciones al personal administrativo de la Gobernación o de la Municipalidad intervenida por el tiempo que dure la intervención. En ningún caso podrá despedirlos.
5. Cuando la intervención fuere motivada por la desintegración de la Junta Departamental o Municipal, la función del Interventor se limitará a comprobar la situación existente y a adoptar las medidas de extrema urgencia, indispensables para el funcionamiento de la corporación. En tal caso el Gobernador o el Intendente conservará plenamente sus deberes y atribuciones.
6. Los demás deberes y atribuciones establecidos en esta Ley.

Procedimiento de intervención: 7º.- De la participación de los afectados. Las autoridades afectadas por la intervención podrán nombrar hasta 3 (tres) representantes con facultades para conocer el proceso de intervención y tener acceso a las actuaciones correspondientes.

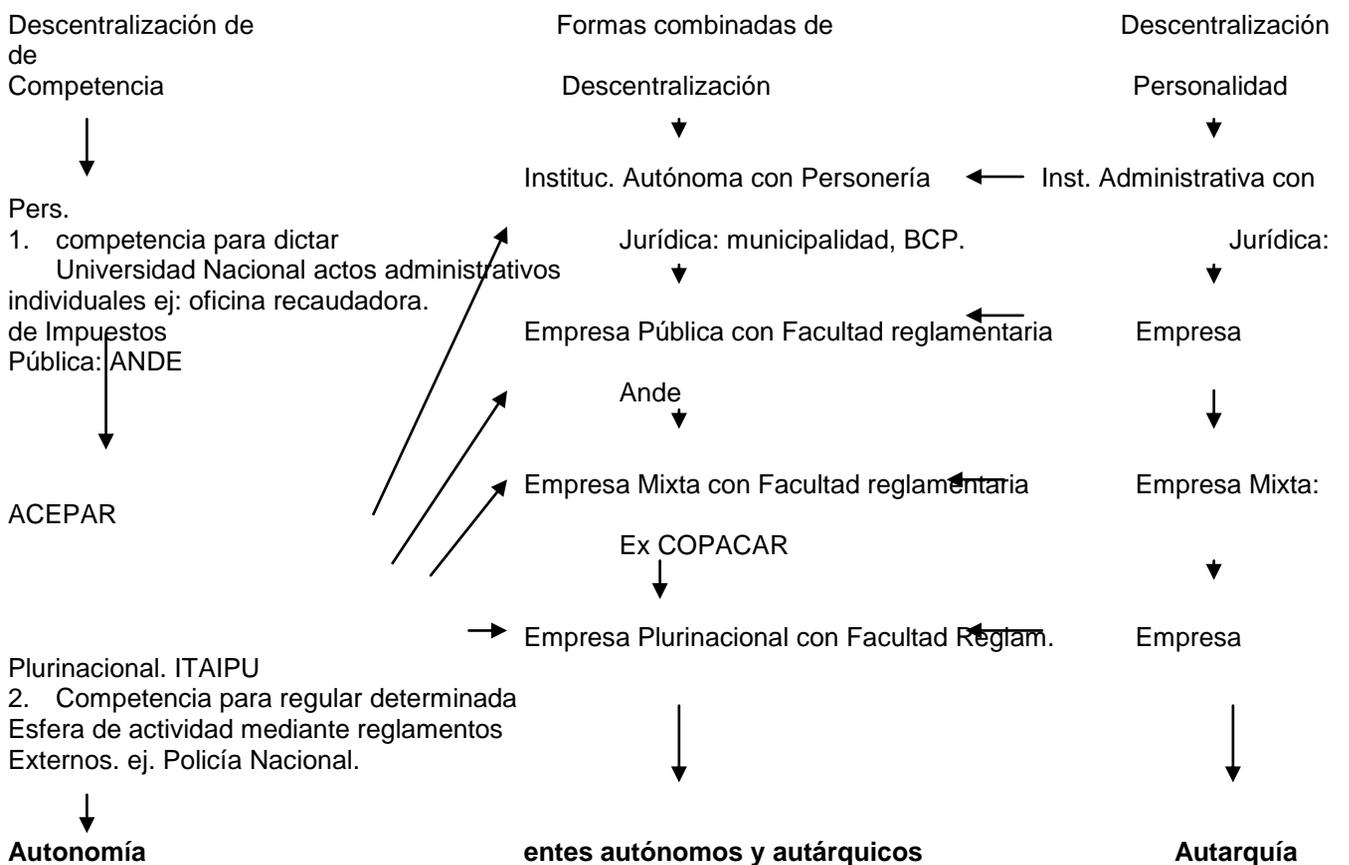
8º.- Del Dictámen. El interventor deberá elevar su dictamen al Poder Ejecutivo, con el que hubiere producido la Contraloría General de la República, dentro del plazo de sesenta días, a partir de la fecha en que tomó posesión del cargo, y el Poder Ejecutivo lo remitirá de inmediato a la Cámara de Diputados. Si la causa de la intervención fuere la establecida en el inciso 2º del Artículo 2º el dictamen deberá ser elevado dentro del plazo de 10 (diez) días.

De la Destitución. 9º.- **Recibidos los dictámenes, la Cámara de Diputados podrá resolver por mayoría absoluta la destitución del Gobernador o del Intendente Municipal y en su caso de los Miembros de las Juntas Departamentales o Municipales, en base a las causales establecidas en la presente Ley. Una vez destituido el Gobernador o el Intendente Municipal, la Junta respectiva elegirá de entre sus**

Miembros al que lo sustituya, hasta que asuma el nuevo Gobernador o Intendente Municipal de acuerdo con el capítulo siguiente.

De la convocatoria a comicios. 11.- Cuando la Cámara de Diputados hubiere dispuesto alguna destitución o comprobare la desintegración de la Junta Departamental o Municipal, en forma inmediata deberá comunicar el hecho al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que ésta convoque a comicios que deberán llevarse a cabo dentro de los 90 (noventa) días siguientes a la resolución dictada por la Cámara de Diputados, según lo dispone la Constitución. Mientras no estuviere integrado el Tribunal Superior de Justicia Electoral, la competencia para esta convocatoria corresponderá al Tribunal Electoral de la respectiva jurisdicción.

De la acefalía. 12.- Si resultare la acefalía del Gobierno Departamental o Municipal, las funciones será ejercidas, provisionalmente, hasta la elección de las nuevas autoridades por funcionarios designados por la Cámara de Diputados.



LECCIÓN X Función Pública

Obs.: FP Función Pública.

1.- Significados de la denominación Función Pública.

Esta denominación tiene 2 significados que generalmente se confunden. Denota, como sus propios términos lo indican, la función del órgano, y también el status del agente, el régimen jurídico de las relaciones que vinculan al agente con el Estado. Son objetos diferentes que deben ser tratados separadamente. Este capítulo se ocupa del status.

2.- Estatuto del Funcionario. Teorías acerca de su naturaleza jurídica.

Es con relación a éste estatuto que se refiere la pregunta de la naturaleza jurídica de la función pública. Varias teorías se han formulado para darle respuesta:

- a) la más **antigua, civilista**, de cuando no se habían elaborado los institutos propios del DA, equiparaba la FP con la locación de servicios y el mandato, pero no podía explicar la carga pública, que por falta de consentimiento no es un contrato, ni el orden jerárquico inherente a la función pública, ni permitía la modificabilidad unilateral por razón de interés público.
- b) La **opuesta**, que se fundamenta en la unilateralidad del acto de nombramiento niega el carácter contractual de la FP sosteniendo que el consentimiento del particular no es elemento esencial y que desaparece en las cargas públicas. Tiene varios fundamentos que no pueden mantenerse: es arbitrario considerar el consentimiento como no esencial, cuando sin él el nombramiento no sería válido porque no se puede obligar al particular a aceptarlo si no es carga pública declarada por ley. Además toma como modelo a la carga pública, que es la excepción, en tanto el régimen normal es el servicio voluntario, profesional, y para hacer carrera.
- c) Teoría del **contrato administrativo**, por su semejanza con los contratos del derecho privado, especialmente en cuanto al consentimiento, pero con reglas peculiares que lo califican de "administrativo". No puede comprender la carga pública que no es contrato, ésa es su falla.
- d) La teoría más aceptada es la de que la FP constituye un **Instituto jurídico-administrativo autónomo**. Tiene sus propias reglas y no hay razón para asimilarla a figuras preexistentes.

3.- Caracteres:

Son todos relevantes, aunque no todos exclusivos de la FP, y en los que se ve que en la FP inciden principios de derecho público que no la permiten asimilar a los contratos del Derecho Privado.

a) Principio de Igualdad: Es un principio fundamental del sistema republicano de gobierno. Está garantizada por la prescripción constitucional que reza: Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial.

b) Unilateralidad del nombramiento: el acto unilateral del nombramiento o de la elección, por el cual queda investido de la función pública el individuo. No basta el consentimiento, sino que es esencial el nombramiento y la toma de posesión del cargo que es una forma de publicidad necesaria de los actos públicos para exigir el acatamiento de los particulares a las disposiciones que emanen del titular.

c) Conducta honorable dentro y fuera del servicio: los deberes del cargo que acompañan al funcionario aún fuera del servicio, regla de conducta que puede considerarse inherente al régimen republicano y que no se exige en los contratos privados.

d) Incompatibilidades: entre la FP y ciertos cargos, como las que establece la Constitución para Diputados, senadores (196) y las que prescribe la ley 1626/00 art. 60.

e) Modificabilidad unilateral: del régimen de la FP por decisión unilateral del Estado con indemnización para el funcionario. 1626 art. 9, 45, 53.

f) Profesionalidad: que hace de la FP una carrera y se manifiesta en el derecho a la permanencia en el cargo, los ascensos, jubilación y pensión.

4.- La función Pública en la Constitución Nacional.

Se puede examinar como están reguladas en nuestro derecho positivo constitucional las materias que se han desarrollado antes en el plano doctrinal, y sobre ellas la Constitución prescribe lo siguiente:

101º De los funcionarios y de los empleados públicos: Los funcionarios y los empleados públicos están al servicio del país. Todos los paraguayos tienen el derecho a ocupar funciones y empleos públicos. La ley reglamentará las distintas carreras en las cuales dichos funcionarios y empleados presten servicios, las que, sin perjuicio de otras, son la judicial, la docente, la diplomática y consular, la de investigación científica y tecnológica, la de servicio civil, la militar y la policial.

102º De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos: Los funcionarios y los empleados públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley y con resguardo de los derechos adquiridos.

103° Del régimen de jubilaciones: Dentro del sistema nacional de seguridad social, la ley regulará el régimen de jubilaciones de los funcionarios y de los empleados públicos, atendiendo a que los organismos autárquicos creados con ese propósito acuerden a los aportantes y jubilados la administración de dichos entes bajo control estatal. Participarán del mismo régimen todos los que, bajo cualquier título, presten servicios al Estado. La ley garantizará la actualización de los haberes jubilatorios en igualdad de tratamiento dispensado al funcionario público en actividad.

104° De la declaración obligatoria de bienes y rentas: Los funcionarios y los empleados públicos, incluyendo a los de elección popular, a los de entidades estatales, binacionales, autárquicas, descentralizadas y, en general, a quienes perciban remuneraciones permanentes del Estado, estarán obligados a prestar declaración jurada de bienes y rentas dentro de los quince días de haber tomado posesión de su cargo, y en igual término al cesar el mismo.

105° De la prohibición de doble remuneración: Ninguna persona podrá percibir como funcionario o empleado público, más de un sueldo o remuneración simultáneamente, con excepción de los que provengan del ejercicio de la docencia. Reglamentado por Ley N° 700/96

106° De la responsabilidad del funcionario y del empleado público: Ningún funcionario o empleado público estará exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto.

196° De las incompatibilidades: Podrán ser electos, pero no podrán desempeñar funciones legislativas, los asesores de reparticiones públicas, los funcionarios y los demás empleados a sueldo del Estado o de los municipios, cualquiera sea la denominación con que figuren y el concepto de sus retribuciones, mientras subsista la designación para dichos cargos. Se exceptúan de las incompatibilidades establecidas en este artículo el ejercicio parcial de la docencia y el de la investigación científica. Ningún Senador o Diputado podrá formar parte de empresas que exploten servicios públicos o tengan concesiones del Estado, ni ejercer la asesoría jurídica o la representación de aquéllas, por sí o por interpósita persona.

Ley 1626/00 de la Función Pública.

Esta cuestionada ley sustituye a la 1506/35 que a su vez fue derogada y reemplazada por la 200/70. **1°.-** Esta ley tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar, que presten servicio en la Administración Central, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la banca pública y los demás organismos y entidades del Estado. Las leyes especiales vigentes y las que se dicten para regular las relaciones laborales entre el personal de la administración central con los respectivos organismos y entidades del estado, se ajustarán a las disposiciones de esta ley aunque deban contemplar situaciones especiales. Entiéndese por administración central los organismos que componen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, sus reparticiones y dependencias. Las cuestiones principales se examinan en los puntos subsiguientes.

5.- Definición del Funcionario.

3°.- En esta ley el funcionario o empleado público son términos equivalentes, con un mismo alcance jurídico en cuanto a sus derechos y responsabilidades en el ejercicio de la función pública. 4°.- Es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado.

5°.- **Es personal contratado** la persona que en virtud de un contrato y por tiempo determinado ejecuta una obra o presta servicio al Estado. Sus relaciones jurídicas se regirán por el Código Civil, el contrato respectivo, y las demás normas que regulen la materia. Las cuestiones litigiosas que se susciten entre las partes serán de competencia del fuero civil. 6°.- **Es personal del servicio auxiliar** (choferes, ascensoristas, limpiadores, ordenanzas y otros de naturaleza similar) la persona nombrada para tales funciones por la máxima autoridad del organismo o entidad del Estado en que fuera a prestar sus servicios. El nombramiento se efectuará mediante un procedimiento de selección simplificado que será establecido en el reglamento interno del organismo o entidad respectivo. El personal del servicio auxiliar trabajará en relación de dependencia con el Estado, su trabajo será retribuido y su relación laboral se regirá por el Código del Trabajo.

6.- Aplicación sólo supletoria a ciertos funcionarios.

Se aplica la ley en forma supletoria a quienes ocupen cargos de confianza, según prescribe: **11.-** A quienes ocupen cargos de confianza les será aplicable, mientras permanezcan en funciones, el régimen general de los funcionarios de carrera.

A diferencia de la anterior, esta ley no se aplica en forma supletoria a los funcionarios electos y algunos otros que tienen sus propios estatutos, los que se detallan a continuación: 2°.- Aún cuando cumplan una función pública, se exceptúan expresamente de lo establecido en el artículo anterior a:

a) el Presidente y el Vicepresidente de la República, los senadores y diputados, los gobernadores y los miembros de las Juntas Departamentales, los intendentes, los miembros de las Juntas Municipales y las personas que ejercen otros cargos originados en elección popular; b) los ministros y viceministros del Poder

Ejecutivo; c) los diplomáticos y cónsules en actividad, comprendido en el ámbito de aplicación de la ley que regula la carrera diplomática y consular; d) los militares en actividad; e) los policías en actividad; f) los docentes de la Universidad Nacional y de las instituciones oficiales de educación primaria, secundaria y técnica; g) los magistrados del Poder Judicial; h) el Contralor, el Subcontralor, el Defensor del Pueblo, el Defensor del Pueblo Adjunto y los miembros del Consejo de la Magistratura; i) el Fiscal General de Estado y los agentes fiscales.

7.- Cuadro permanente y cargos de confianza.

La ley establece la carrera administrativa para los funcionarios nombrados, prescribiendo lo siguiente: 12.- Institúyese la **carrera de la función pública**, la que se regirá por los principios y pautas establecidos en esta ley. 33.- El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Secretaría de la Función Pública, reglamentará por decreto la carrera de la Función Pública, caracterizada como un conjunto orgánico y sistemático de cargos jerarquizados, categorizados, organizados funcionalmente y agrupados en forma homogénea. Los funcionarios públicos que ingresen a la carrera, formarán parte del cuadro permanente de la función pública.

15.- El sistema de selección para el ingreso y promoción en la función pública será el de concurso público de oposición. Se entenderá por concurso público de oposición, el conjunto de procedimientos técnicos, que se basará en un sistema de ponderación y evaluación de informes, certificados, antecedentes, cursos de capacitación y exámenes, destinados a medir los conocimientos, experiencias e idoneidad del candidato, expresándolos en valores cuantificables y comparables, conforme al reglamento general que será preparado por la Secretaría de la Función Pública y aprobado por decreto del Poder Ejecutivo. 16.- Están inhabilitados para ingresar a la función pública, así como para contratar con el Estado: a) los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, mientras dure la condena; b) los condenados a penas de inhabilitación para el ejercicio de la función pública; c) los condenados por la comisión de delitos electorales; d) los declarados incapaces en juicio de conformidad a lo establecido en el Artículo 73 del Código Civil; e) los ex- funcionarios y empleados que hubiesen terminado su relación jurídica con el Estado por causa justificada no imputable al empleador, salvo que hayan transcurrido más de cinco años de la destitución; y, f) los jubilados con jubilación completa o total de la administración pública.

Cargos de Confianza: 8º.- Son cargos de confianza y, sujetos a libre disposición, los ejercidos por las siguientes personas: a) los ministros y viceministros del Poder Ejecutivo, los funcionarios designados con rango de ministros, el Procurador General de la República y los funcionarios que detenten la representación del Poder Ejecutivo en las entidades binacionales u órganos administrativos; b) los secretarios, los directores; los jefes de departamentos, divisiones y secciones, de la Presidencia de la República; c) el Secretario General, el Secretario Privado, el Director Administrativo y el Director Financiero que prestan servicio en el Gabinete de los ministros del Poder Ejecutivo; los presidentes y los miembros de los consejos o directorios de las entidades descentralizadas; d) los embajadores, cónsules y representantes nacionales ante organizaciones internacionales o eventos en los que la República participe oficialmente de conformidad con la Ley del Servicio Diplomático y Consular; y, e) los directores jurídicos, económicos o similares de los organismos o entidades del Estado, con excepción de los que integran la carrera de la función pública.

Esta enumeración es taxativa. Quienes ocupen tales cargos podrán ser removidos por disposición de quien esté facultado para el efecto por la ley o, en ausencia de éste, por la máxima autoridad del organismo o entidad respectivo del Estado. La remoción de estos cargos, aún por causas no imputables al funcionario, no conlleva los efectos económicos del despido. Los funcionarios que hayan sido promovidos a ocupar estos cargos conservan los derechos adquiridos con anterioridad al respectivo nombramiento. 9º.- Cuando se produzca la cesantía de un funcionario con estabilidad que hubiera estado ocupando un cargo de confianza, el afectado podrá optar por volver a las funciones que cumplía con anterioridad o por recibir la indemnización prevista para los despidos sin causa. 11.- A quienes ocupen cargos de confianza les será aplicable, mientras permanezcan en funciones, el régimen general de los funcionarios de carrera.

8.- Principales derechos:

49.- Los funcionarios públicos tendrán derecho a:

a) percibir el salario y demás remuneraciones previstas por la ley; b) vacaciones anuales remuneradas; c) los permisos reconocidos en esta ley; d) los descansos establecidos en el Código del Trabajo; e) percibir el aguinaldo anual; f) la estabilidad en el cargo, de conformidad a lo establecido en la presente ley; g) acogerse a los beneficios de la seguridad social que establezca la ley respectiva; con derecho a que se acumulen los aportes realizados a las distintas cajas de jubilaciones o pensiones, previa transferencia de dichos aportes que las cajas deberán hacerse entre sí para dicho efecto; h) renunciar al cargo; i) interponer los recursos administrativos y las acciones judiciales que hagan a la defensa de sus derechos; j) la igualdad, sin discriminación alguna, de oportunidades y de trato en el cargo; k) ser promovido de conformidad a los procedimientos establecidos en esta ley; l) prestar sus servicios en el lugar en el que fuera nombrado; m) capacitarse para desempeñar mejor su tarea; n) organizarse con fines sociales, económicos, culturales y gremiales; y o) participar en huelgas con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.

a. al cargo.

30.- **Cargo** es la función o trabajo que debe desempeñar un funcionario. El cargo público es creado por ley, con la denominación y la remuneración prevista en el Presupuesto General de la Nación. Los cargos tendrán un orden jerárquico. El funcionario que los ocupe se regirá por el principio según el cual a mayor facultad corresponde mayor responsabilidad. 31.- **Jerarquía** es el orden en que se organizan los cargos en relación con la preeminencia de cada uno de ellos. 32.- **Categoría** es la clasificación presupuestaria de cada cargo. Para su determinación se considerará el orden jerárquico del mismo. 47.- **Se entenderá por estabilidad** el derecho de los funcionarios públicos a conservar el cargo y la jerarquía alcanzados en el respectivo escalafón. La estabilidad se adquirirá a los dos años ininterrumpidos de servicio en la función pública.

b. Remuneración.

36.- El Presupuesto General de la Nación fijará anualmente en el Anexo del Personal los sueldos correspondientes a cada cargo, la naturaleza del mismo, su categoría y el número de funcionarios presupuestados para cada organismo o entidad del Estado. No se fijarán sueldos proporcionalmente inferiores al salario mínimo legal establecido por el Poder Ejecutivo para actividades diversas no especificadas de los trabajadores del sector privado. Solamente quienes ejerzan cargos que conlleven la representación legal de la institución en que cumplen sus tareas podrán percibir gastos de representación. Estos funcionarios no percibirán recargos por las horas de trabajo que excedan la jornada legal.

c. Permisos y Vacaciones.

50.- Se regirán por las disposiciones del Código del Trabajo, las cuestiones relativas a:

a) las vacaciones; b) la protección a la funcionaria en estado de gravidez y en período de lactancia. Si por razones de salud el permiso debiera extenderse por más de doce semanas, su prolongación no podrá, en total, exceder de seis meses. En casos de adopción de un menor de dos años: de seis semanas; c) el matrimonio; d) la paternidad; y, e) fallecimiento del cónyuge, hijos o padres: por diez días corridos. Los funcionarios serán autorizados, una vez por año, a asistir, como alumnos o profesores, a los cursos de capacitación o adiestramiento que respondan a programas del organismo o entidad en que presten servicios. 54.- Podrá asimismo concederse permiso especial, sin goce de sueldo, en los siguientes casos: a) para prestar servicios en otra repartición, hasta un año; b) para usufructuar una beca de estudio o capacitación, hasta tres años; y, c) para ejercer funciones en organismos públicos internacionales, hasta cuatro años. 55.- El permiso especial sin goce de sueldo producirá la vacancia en el cargo. No obstante, el funcionario podrá optar por seguir aportando a la caja de jubilación respectiva, de conformidad con lo establecido para el efecto en la ley correspondiente.

56.- En caso de permiso para usufructuar una beca, si la beca hubiese sido solventada por el Estado, el funcionario estará obligado a reintegrarse a la función por un tiempo mínimo equivalente a la duración del permiso. Si se retirase antes de este plazo, el funcionario deberá reembolsar al Estado, proporcionalmente al tiempo que faltara para completar el plazo, los montos en que el Estado hubiera incurrido en razón de la beca.

d. Promoción o ascenso

35.- La promoción del funcionario público sólo se hará previo concurso de oposición en razón de las calificaciones obtenidas y los méritos, aptitudes y notoria honorabilidad, comprobados mediante evaluaciones periódicas realizadas con la frecuencia que establezca la Secretaría de la Función Pública o, en carácter extraordinario, a requerimiento del organismo o entidad del Estado correspondiente.

e. Reunión y asociación

Está prevista en la Constitución.

f. Derechos laborales: sindicalización, seguridad social, derecho de huelga y paro, jubilaciones.

103.- La ley establecerá el régimen del seguro social de los funcionarios públicos con los beneficios y prestaciones que contemplarán, entre otros, los riesgos de maternidad, accidentes, enfermedades laborales y no laborales, invalidez, vejez y muerte; el de jubilaciones y el de pensiones. **105.-** Los haberes jubilatorios serán actualizados automáticamente en los mismos porcentajes de sueldos dispensados a los funcionarios en actividad, considerando las categorías y cargos correspondientes, **106.-** La jubilación será obligatoria cuando el funcionario público cumpla sesenta y cinco años de edad. Será otorgada por resolución del Ministerio de Hacienda o por la autoridad administrativa facultada al efecto por leyes especiales. **108.-** Los funcionarios públicos tienen derecho a organizarse en sindicatos, sin necesidad de autorización previa.

110.- El derecho a sindicalización y el de huelga se regirán por esta ley, debiendo siempre considerarse el interés general implícito en el servicio público. La declaración de legalidad e ilegalidad de las huelgas en el sector público se tramitará por el procedimiento establecido para el recurso de amparo. **127.-** Los trabajadores del sector público organizados en sindicatos, por decisión de sus respectivas asambleas, tienen el derecho de recurrir a la huelga como medida extrema en caso de conflicto de intereses, conforme con las limitaciones establecidas en la Constitución Nacional y en esta ley. **129.-** El ejercicio del derecho de huelga será pacífico y consistirá en la suspensión de los servicios de los trabajadores afectados, sin ocupación por los mismos de los centros de trabajo, o de cualquiera de sus dependencias y accesos. **130.-** Se consideran servicios públicos imprescindibles para la comunidad aquéllos cuya interrupción total o parcial pongan en peligro la vida, la salud o la seguridad de la comunidad o parte de ella. Estos servicios públicos imprescindibles serán: a) la atención sanitaria y hospitalaria; b) la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y otros combustibles; c) el transporte de pasajeros; d) la educación en todos sus niveles; y, e) las telecomunicaciones. **131.-** Al declararse en huelga, quienes presten servicios públicos imprescindibles, deberán garantizar el funcionamiento regular de dichos servicios. **138.-** Ningún funcionario público podrá realizar actos que impidan o dificulten de manera manifiesta el trabajo normal o la prestación de los servicios a cargo de la institución o, en su caso, atentar contra los derechos de terceros en la vía pública, haya sido declarada o no la medida de fuerza.

9.- Principales Deberes: actuación conforme a la ley. De obediencia. Conducta honorable. Secreto profesional. Manifestación de bienes.

57.- Son obligaciones del funcionario público, sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos internos de los respectivos organismos o entidades del Estado, las siguientes: a) realizar personalmente el trabajo a su cargo en las condiciones de tiempo, forma, lugar y modalidad que determinen las normas dictadas por la autoridad competente; b) cumplir la jornada de trabajo que establece esta ley; c) asistir puntualmente al trabajo

y prestar sus servicios con eficiencia, diligencia, urbanidad, corrección y disciplina, y portar identificación visible para la atención al público dentro del horario establecido y, cuando fuere necesario, en horas extraordinarias; d) acatar las instrucciones de los superiores jerárquicos relativas al trabajo que realiza cuando ellas no sean manifiestamente contrarias a las leyes y reglamentos; e) observar una conducta acorde con la dignidad del cargo; f) guardar el secreto profesional en los asuntos que revistan carácter reservado en virtud de la ley, del reglamento, de su propia naturaleza o por instrucciones especiales; g) observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta honesta y leal en el desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado; h) denunciar con la debida prontitud a la justicia ordinaria o a la autoridad competente los hechos punibles o irregularidades que lleguen a su conocimiento en el ejercicio del cargo; i) presentar declaración jurada de bienes y rentas, en el tiempo y en la forma que determinan la Constitución Nacional y la ley; j) concurrir a la citación por la instrucción de un sumario administrativo o prestar declaración en calidad de testigo; k) someterse periódicamente a los exámenes psicofísicos que determine la reglamentación pertinente; l) permanecer en el cargo en caso de renuncia, por el plazo máximo de treinta días, si antes no fuese reemplazado; m) cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos públicos; n) capacitarse en el servicio; o) velar por la economía y conservación del patrimonio público a su cargo; y, p) abstenerse de realizar actividades contrarias al orden público y al sistema democrático, consagrado por la Constitución Nacional.

a. Prohibiciones e incompatibilidades.

60.- Queda prohibido al funcionario, sin perjuicio de lo que se establezca en los reglamentos respectivos: utilizar la autoridad o influencia que pudiera tener a través del cargo, o la que se derive por influencia de terceras personas, para ejercer presión sobre la conducta de sus subordinados; trabajar en la organización o administración de actividades políticas en las dependencias del Estado; usar la autoridad que provenga de su cargo para influir o afectar el resultado de alguna elección, cualquiera sea su naturaleza; ejecutar actividades ocupando tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, material o información reservada o confidencial de la dependencia, para fines ajenos a lo establecido para el organismo o entidad donde cumple sus tareas; y en especial, ejercer cualquier actividad política partidaria dentro del mismo; vestir o cargar insignias o uniformes de naturaleza proselitista dentro de las instalaciones del Estado; recibir obsequios, propinas, comisiones o aprovechar ventajas en razón del cargo para ejecutar, abstenerse de ejecutar, ejecutar con mayor esmero o con retardo cualquier acto inherente a sus funciones; discriminar la atención de los asuntos a su cargo poniendo o restando esmero en los mismos, según de quién provengan o para quién sean; intervenir directamente, por interpósita persona o con actos simulados, en la obtención de concesiones del Estado o de cualquier privilegio por parte del mismo que importe beneficio propio o de terceros; aceptar manifestación pública de adhesión, homenaje u obsequios de parte de sus subordinados, por razones referidas al cargo mientras se encuentre en ejercicio del mismo; mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios, con personas físicas o jurídicas fiscalizadas por el organismo en que se encuentra prestando servicios; obtener directa o indirectamente beneficios originados en contratos, comisiones, franquicias u otros actos que formalice en su carácter de funcionario; efectuar o patrocinar para terceros trámites o gestiones administrativas o judiciales, se encuentren o no directamente bajo su representación; dirigir, administrar, asesorar, patrocinar, representar o prestar servicios remunerados o no, a personas físicas o jurídicas que gestionen o exploten concesiones de la Administración en el orden estatal, departamental o municipal, o que fueran proveedores o contratistas de las mismas; retirar, sin previa anuencia de la autoridad competente, cualquier documento u objeto de la repartición; ejercer una industria o comercio relacionado con las actividades del organismo o entidad del Estado en que presta servicio, sea personalmente o como socio o miembro de la dirección, administración o sindicatura de sociedades con fines de lucro. También es incompatible con toda ocupación que no pueda conciliarse con las obligaciones o la dignidad del cargo; y, aceptar comisiones, empleo o pensiones de otros estados, sin autorización del Poder Ejecutivo.

61.- Ningún funcionario público podrá percibir dos o más remuneraciones de organismos o entidades del Estado. El que desempeñe interinamente más de un cargo tendrá derecho a percibir el sueldo mayor. **63.-** El incumplimiento de las disposiciones del presente capítulo será sancionado, previo sumario administrativo, independientemente de cualquier otra responsabilidad civil o penal que traiga aparejado.

10.- Posible conflicto entre el deber de obediencia a la ley y a las órdenes del superior.

Es un tema delicado que debe estudiarse a la luz de todo el ordenamiento por las implicancias de orden civil, penal, administrativo y las consecuencias de orden político. Dice la ley 1626/00 en el art. 57 inciso d) acatar las instrucciones de los superiores jerárquicos relativas al trabajo que realiza cuando ellas no sean manifiestamente contrarias a las leyes y reglamentos. Dice el Código penal: **Artículo 318.- Inducción a un subordinado a un hecho punible:** El superior que indujera o intentara inducir al subordinado a la realización de un hecho antijurídico en el ejercicio de sus funciones o tolerara tales hechos, será castigado con la pena prevista para el hecho punible inducido.

11.- Régimen disciplinario.

64.- Los funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa por incumplimiento de sus deberes u obligaciones o por infringir las prohibiciones establecidas en esta ley y las leyes análogas, haciéndose pasibles de las sanciones disciplinarias determinadas en este capítulo. **65.-** Las medidas disciplinarias se aplicarán tomando en cuenta la gravedad de la falta cometida y las circunstancias atenuantes y agravantes que rodeen al hecho.

66.- Serán consideradas faltas leves las siguientes:

- a) asistencia tardía o irregular al trabajo;

- b) negligencia en el desempeño de sus funciones;
- c) falta de respeto a los superiores, a los compañeros de trabajo o al público; y,
- d) ausencia injustificada.

67.- Serán aplicadas a las faltas leves las siguientes sanciones disciplinarias:

- a) amonestación verbal;
- b) apercibimiento por escrito; y
- c) multa equivalente al importe de uno a cinco días de salario.

68.- Serán faltas graves las siguientes:

- a) ausencia injustificada por más de tres días continuos o cinco alternos en el mismo trimestre;
- b) abandono del cargo; c) incumplimiento de una orden del superior jerárquico, cuando ella se ajuste a sus obligaciones; d) reiteración o reincidencia en las faltas leves; e) incumplimiento de las obligaciones o transgresión de las prohibiciones establecidas en la presente ley; f) violación del secreto profesional, sobre hechos o actos vinculados a su función que revistan el carácter reservado en virtud de la ley, el reglamento o por su naturaleza; g) recibir gratificaciones, dádivas o ventajas de cualquier índole por razón del cargo; h) malversación, distracción, retención o desvío de bienes públicos y la comisión de los hechos punibles tipificados en el Código Penal contra el Estado y contra las funciones del Estado;
- i) el incumplimiento de las obligaciones de atender los servicios esenciales por quienes hayan sido designados para el efecto, conforme a los artículos 130 y 131 de esta ley; j) nombrar o contratar funcionarios en transgresión a lo dispuesto en esta ley y sus reglamentos; y, k) los demás casos no previstos en esta ley, pero contemplados en el Código del Trabajo y las demás leyes como causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador.

69.- Serán aplicadas a las faltas graves las siguientes sanciones disciplinarias:

- a) suspensión del derecho a promoción por el período de un año;
- b) suspensión en el cargo sin goce de sueldo de hasta treinta días; o,
- c) destitución o despido, con inhabilitación para ocupar cargos públicos por dos a cinco años.

Las faltas establecidas en los incisos h), i), j) y k) del artículo anterior serán sancionadas con la destitución.

70.- Las **sanciones administrativas** por las faltas leves serán aplicadas por el jefe de la repartición pública donde preste sus servicios, sin sumario administrativo previo. Si el inculcado se considerase inocente por la pena de amonestación o apercibimiento, podrá solicitar la instrucción de un sumario administrativo. **71.-** Las **sanciones disciplinarias** correspondientes a las faltas graves serán aplicadas por la máxima autoridad del organismo o entidad del Estado en que el afectado preste sus servicios, previo sumario administrativo, sin perjuicio de remitir los antecedentes a la jurisdicción penal ordinaria, si el hecho fuese punible. **72.-** Si el funcionario ocasionase un perjuicio al Estado, éste tendrá acción contra los bienes del mismo para el resarcimiento correspondiente.

73.- Sumario administrativo es el procedimiento establecido para la investigación de un hecho tipificado como falta grave en el Capítulo X de la presente ley. **75.-** El sumario administrativo podrá ser iniciado de oficio o por denuncia de parte, y en el mismo se dará intervención al acusado para ejercer libremente su defensa, por sí o por apoderado. **76.-** El sumario concluirá con la resolución definitiva dentro de los sesenta días hábiles de su inicio. Las excepciones y los incidentes presentados durante el proceso sumarial, serán resueltos al momento de dictarse la resolución definitiva. **77.-** La resolución que recayese en el sumario administrativo será fundada y se pronunciará sobre la comprobación de los hechos investigados, la culpabilidad o inocencia del encausado y, en su caso, la sanción correspondiente, quedando la aplicación de la pena a cargo de la máxima autoridad del organismo o entidad respectivo, quien deberá implementarla en el plazo de cinco días. La decisión podrá ser objeto de la acción contencioso administrativa dentro del perentorio plazo de diez días hábiles de su notificación formal a las partes.

79.- Cuando la falta imputada al funcionario constituyese, además, un hecho punible de acción penal pública, el Juez Instructor se limitará a verificar la verosimilitud de la acusación y de comprobarse dicho presupuesto, la autoridad competente suspenderá al funcionario en el cargo, con goce de sueldo, hasta tanto se dicte auto de prisión preventiva o equivalente. En estos casos, el sumario administrativo quedará suspendido y estará supeditado al proceso judicial, prolongándose la suspensión en el cargo hasta que se dicte sentencia. Si ésta absolviese al encausado, el mismo deberá ser repuesto en el cargo de conformidad a lo dispuesto en esta ley; si lo condenase, se procederá a su inmediata destitución. **80.-** El sumario administrativo es independiente de cualquier otro proceso que se inicie contra el funcionario en la justicia ordinaria, salvo lo establecido en el artículo anterior. **81.-** La sanción administrativa aplicada a un funcionario público por la comisión de una falta se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudieran corresponderle por el hecho imputado. **82.-** La responsabilidad administrativa del funcionario público se extingue: **a)** por muerte; **b)** por cumplimiento de la sanción; o, **c)** por prescripción de la acción disciplinaria.

83.- La facultad del organismo o entidad del Estado para aplicar las sanciones previstas en esta ley, prescribe al año contado desde el día en que se hubiese tenido conocimiento de la acción u omisión que origina la sanción. No obstante, si hubiesen hechos punibles, la acción disciplinaria prescribirá conjuntamente con la acción penal. La prescripción de la acción se interrumpe con el sumario administrativo.

12.- Responsabilidad personal, sus diferentes clases, causa, sanción y jurisdicción competente.

La responsabilidad personal de los funcionarios es una de las piedras angulares sobre las que reposa la legalidad de la administración, además de ser esencial al sistema republicano de gobierno. El principio fundamental está en la constitución, que prescribe: Ningún funcionario o empleado público estará exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto. La responsabilidad del Estado debe ser subsidiaria y no sustituir o enervar la del funcionario.

Sus diferentes clases:

- a) responsabilidad **penal** por delitos calificados como tales en el Código Penal, que pueden ser peculiares a los funcionarios como prevaricato, cohecho pasivo simple y agravado, etc. la sanción también está prevista en el él y la jurisdicción es criminal ordinaria.
- b) Responsabilidad **civil**: por daños causados a la administración y a los particulares, fundada en el código civil y que requieren daño y culpa o negligencia. La sanción consiste en la reparación del daño, la jurisdicción es la civil ordinaria.
- c) Responsabilidad **administrativa**: prescrita en la ley de la FP por las faltas contempladas, con las sanciones en la misma ley. La jurisdicción es la administrativa y, en su caso, la contencioso-administrativa.
- d) Responsabilidad **política** prescrita en la Constitución, que es pasible de juicio político: por mal desempeño, por delito cometidos en ejercicio de las funciones o por delitos comunes. La sanción tiene por objeto despojar de su investidura a los culpables para que pueda ejercerse contra los mismos las acciones judiciales correspondientes.
- e) **En la ley 1535/00** está prevista la responsabilidad de las autoridades y los funcionarios en la forma siguiente: las autoridades, funcionarios y, en general, el personal de servicio de los organismos y entidades del Estado a que se refiere ésta ley que ocasionen menoscabo a los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a sus obligaciones legales, responderán con su patrimonio por la indemnización de daños y perjuicios causados, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o legal que les pueda corresponder por las leyes que rigen dichas materias.

LECCION 11

Bienes Públicos

- Esta institución tiene sus antecedentes histórico-jurídicos en el antiguo derecho romano; en la concepción romana de la **res publicae** regida por el derecho público. Podía ser de dos especies diferentes: la **res publicae usus destinitae** (consagrada al uso común) y **res pecuniae populi** (perteneciendo a la comunidad, estaban dentro del comercio jurídico privado).

1- Bienes públicos: clases.

- Bienes públicos son el género, sus clases son:

a- Bienes del dominio público del Estado: (Art. 1898) son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

- Son los que cada municipio ha destinado al uso y goce de todos sus habitantes.

“Son bienes del dominio público del Estado:

a) las bahías, puertos y ancladeros;

b) los ríos y todas las aguas que corren por sus cauces naturales, y estos mismos cauces;

c) las playas de los ríos, entendidas por playas las extensiones de tierras que las aguas bañan y desocupan en las crecidas ordinarias y no en ocasiones extraordinarias;

d) los lagos navegables y sus álveos; y

e) los caminos, canales, puentes y todas las obras públicas construidas para utilidad común de los habitantes.

Los bienes del dominio público del Estado son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

b- Bienes del dominio privado del Estado: (Art. 1900)

“Son bienes del dominio privado del Estado:

a) las islas que se formen en toda clase de ríos o lagos, cuando ellas no pertenezcan a particulares;

b) los terrenos situados dentro de los límites de la República que carezcan de dueños;

c) los minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en estado natural, con excepción de las sustancias pétreas, terrosas o calcáreas. La explotación y aprovechamiento de estas riquezas se regirán por la legislación especial de minas;

d) los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren intestadas o sin herederos, según las disposiciones de este Código; y

e) los bienes del Estado no comprendidos en el artículo anterior o no afectados al servicio público”.

c- Bienes públicos municipales: (Art. 1903)

Fuente

1899. Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las leyes o reglamentos de carácter administrativo.

Fuente

1901. Son susceptibles de apropiación privada:

a) los peces de los ríos y lagos navegables de acuerdo con las disposiciones de la legislación especial;

b) los enjambres de abejas que huyan de la colmena, si el propietario de ellos no los reclamase inmediatamente;

c) las plantas que vegetan en las playas de los ríos o lagos navegables, así como las piedras, conchas u otras sustancias arrojadas por las aguas, siempre que ellas no presenten signos de un dominio anterior, observándose los reglamentos pertinentes; y

d) los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentren, sepultados o escondidos, sin que haya indicios de quién sea su dueño, conforme a las disposiciones de este Código.

Fuente

1902. La propiedad de los lagos y lagunas que no sean navegables, pertenece a los propietarios ribereños.

Fuente

1903. Los bienes municipales son públicos o privados.

Bienes públicos municipales son los que cada municipio ha destinado al uso y goce de todos sus habitantes.

Bienes privados municipales son los demás, respecto de los cuales cada municipio ejerce dominio, sin estar destinados a dicho uso y goce. Pueden ser enajenados en el modo y la forma establecidos por la Ley Orgánica Municipal.

Fuente

1904. Los inmuebles del dominio privado del Estado y de propiedad pública o privada de las municipalidades no pueden adquirirse por prescripción.

Fuente

1905. Pertenecen a la Iglesia Católica y sus respectivas parroquias: los templos, lugares píos o religiosos, cosas sagradas y bienes temporales muebles o inmuebles afectados al servicio del culto. Su enajenación está sujeta a las leyes especiales sobre la materia.

Los templos y bienes de las comunidades religiosas no católicas corresponden a las respectivas corporaciones y pueden ser enajenados en conformidad a sus estatutos.

Fuente

1906. Los bienes que no pertenezcan al Estado ni a las municipalidades, son bienes particulares, sin distinción de personas físicas o jurídicas de derecho privado que tengan dominio sobre ellos.

Fuente

1907. Los puentes, caminos y cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de los particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o goce a todos.

Fuente

1908. Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen en propiedad, uso y goce al dueño de la heredad.

2- Bienes del dominio público.

- Son bienes del dominio público los afectados al uso y goce directos de todos los miembros de la comunidad. La característica fundamental de estos bienes, es la de su afectación al uso común, las facultades del Estado respecto de ellos no son las propias del derecho de propiedad sino las que emanan del *poder público*: las de reglamentación, conservación y vigilancia, para asegurar el uso normal y común de esta clase de bienes.
- Noción: el dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público. El dominio público es un concepto jurídico, cuya existencia depende de la voluntad del legislador.
- El concepto de dominio público está determinado por cuatro elementos:
 - a) subjetivo: se refiere al sujeto titular de la cosa (Estado, municipio)
 - b) objetivo: tiene relación con los objetos, bienes o cosas que integran el dominio público, cuya caracterización legal se rige por los principios del derecho privado (bienes inmuebles, muebles, objetos inmateriales y derechos)
 - c) finalista: la inclusión de una cosa o bien en el dominio público debe responder a un fin
 - d) normativo: el carácter dominial de una cosa depende o de un bien depende de una norma legal.

(Derecho Administrativo, Roberto Dromi, Pág. 756)

3- Dominio público por su naturaleza y por su destino.

- Las cosas son del dominio público por su naturaleza o por su destino.
- Por su naturaleza no hay que entender que ella misma les ha impreso ese carácter, que no es natural sino jurídico. Significa simplemente que por sus condiciones naturales ciertas cosas se prestan o son aptas para el uso común, por cuya razón se les confiere la cualidad jurídica de dominio público, como los ríos, el mar territorial, etc.
- Por su destino, se trata de cosas que bien pudieran ser de apropiación privada, como la suerte de tierra ocupada por una calle o una plaza que en nada se diferencia de las pertenecientes a propietarios privados.

4- Afectación de bienes al dominio público.

- Afectación es el acto de poder público (constitucional, legislativo o administrativo) por el cual se destina una cosa o bien al uso o goce común. Puede ser de carácter general o especial.
- Es general cuando se afecta al uso común toda una categoría o clase de cosas o bienes, como las islas o todas las aguas que corren por causas naturales.
- Es especial cuando la afectación recae sobre una cosa determinada.
- La afectación puede producirse de hecho, cuando no han sido afectados por un acto concreto del poder público.

5- Afectación de bienes de propiedad privada.

- Si la cosa que se pretende afectar al uso común no pertenece al dominio privado del Estado o de la Municipalidad sino a propietarios privados, es preciso proceder previamente a su expropiación.
- *“Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de **utilidad pública o de interés social**, que será determinada en cada caso por ley”.* (C.N. art. 109)
- *“La expropiación de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria será establecida en cada caso por la ley, y se abonará en la forma y plazo que la misma determine”.* (C.N. art. 116)
- *“Los puentes, caminos y cualquiera otras construcciones hechas a expensas de los particulares en terreno que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso o goce a todos”.* (C.C. art. 1907)

6- Uso normal.

- Los particulares tienen iguales derechos al uso normal conforme a la propia naturaleza o destino del dominio público. El uso normal no requiere en principio permiso administrativo, pero a medida que crece la población y el tráfico en las vías de comunicación se extiende y se hace cada vez más rigurosa la reglamentación que incluye las exigencias de registro de conductor, patente de navegación, etc.

7- Ocupación y concesión.

- Todo uso especial de la utilización común y normal de las cosas del dominio público requiere permiso de las autoridades administrativas competente, estatal o municipal.
- La ocupación se justifica solamente en cuanto contribuya al mejor uso y cumplimiento de la propia finalidad del dominio público. De ahí su carácter precario y la revocabilidad del permiso sin indemnización, como consecuencia de tal precariedad.
- De carácter más permanente es la utilización del dominio mediante concesión. En la concesión de servicio público existe generalmente no sólo otorgamiento de la facultad propia de la Administración para explotar el servicio, sino también para ocupar las cosas del dominio público en la medida necesaria para ese fin.

8- Características jurídicas.

- *Inalienables*
- *Imprescriptibles*
- *Inembargables*

9- Derecho y jurisdicción correspondiente.

- Por las características que acabamos de señalar, así como por el sometimiento exclusivo del uso y goce del dominio público a la reglamentación del poder público, el Derecho que lo rige es el **Derecho administrativo**.
- La jurisdicción competente para todas las cuestiones que surjan del ejercicio del poder público y los derechos de los particulares, tanto del uso normal como de la ocupación, es la **contencioso-administrativa**.
- Para hacer ejecutar la decisión y proceder compulsivamente a la desocupación, la administración tendrá que recurrir a los tribunales por la vía de la acción de desalojo.
- La acción de indemnización de los particulares por daños causados por mala conservación del dominio público, obligación a cargo del Estado y de las Municipalidades, compete también a la jurisdicción contencioso-administrativa.

10- Régimen de ciertos bienes del dominio público: a) aguas públicas; b) islas; c) espacio aéreo.

a) *Aguas públicas*: son bienes del dominio público del Estado.

“ b) Los ríos y todas las aguas que corren por sus causas naturales, y estos mismos causes.

c) Las playas de los ríos, entendidas por playas las extensiones de tierras que las aguas bañan y desocupan en las crecidas ordinarias y no en ocasiones extraordinarias;

d) Los lagos navegables y sus álveos". (Art.1898)

b) *Islas*: son bienes del dominio privado del Estado

" a) Las islas que se formen en toda clase de ríos o lagos, cuando ellas no pertenezcan a particulares" (Art. 1900)

c) *Espacio aéreo*: El Estado tiene de manera general "soberanía sobre el espacio situado sobre su territorio" (Art. 1º del Código Aeronáutico) y específicamente dominio público en cuanto está destinado al uso común de la navegación aérea, dominio público que se extiende sobre los inmuebles de propiedad privada, más restrictivamente sobre los situados en zonas de seguridad de los aeródromos públicos (Art. 59 al 62 del Código Aeronáutico).

11- Competencia en materia de dominio público.

- Para los principales bienes del dominio público las disposiciones vigentes son las siguientes:

a- La reglamentación del tránsito de las calles y caminos dentro del radio urbano, es de competencia de la Junta Municipal. La vigilancia y ejecución del respectivo reglamento está a cargo de la Dirección Municipal de tránsito y la aplicación de sanciones por contravención en la capital, al del Juzgado Municipal de Faltas.

En materia de rutas y caminos nacionales el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones tiene competencia para la ejecución del Reglamento General de Tránsito, por intermedio de la Policía Caminera.

Tiene además intervención la Policía Nacional en materia de seguridad de las personas y de los bienes en las calles y caminos, aparte de la jurisdicción de los Tribunales en la comisión de delitos.

b- La policía de los ríos navegables y sus riberas está a cargo de la Prefectura Gral. de Puertos, que tiene atribuciones para aplicar el Código de Navegación Fluvial y Marítima.

La Administración Nacional de Navegación y Puertos tiene por objeto "mantener la navegabilidad de los ríos y administrar y operar todos los puertos de la República".

c- La reglamentación del uso del espacio aéreo para la navegación la tenemos en el Código Aeronáutico, su aplicación en la instancia administrativa compete al Ministerio de Defensa Nacional "por intermedio de la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil".

12- Desafectación.

- Desafectación: es el acto del poder público (constituyente, legislativo o administrativo) por el cual un bien del dominio público es excluido del uso común y pasa a formar parte del dominio privado (Ej. plazas, parques, caminos en desuso). Sustraerlo de su destino al uso público. Producido la desafectación podría realizarse la venta o enajenación de la cosa, desaparece el carácter de inalienable, pasando a ser bien privado del Estado.

- Sólo pueden ser objeto de desafectación los bienes del dominio público por su destino y no los que son por su naturaleza.

13- Bienes afectados a servicios públicos (patrimonio administrativo).

- Todos los bienes del Estado están actual o eventualmente afectados a la realización de los servicios públicos. Pero hay cosas que constituyen "un fundamento material imprescindible para el cumplimiento de una determinada finalidad administrativa y hacen parte del patrimonio administrativo. Generalmente son inmuebles (hospitales, locales escolares, teatros, etc.) pero también pueden ser muebles y valores (armamento, fondos públicos, etc.).

14- Características jurídicas y reglas aplicables.

- Los bienes del dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

- Tales bienes afectados al servicio público ha sido creado para asegurar mediante reglas jurídicas especiales, que son las del derecho administrativo, la continuidad y regularidad de ciertas funciones que por alguna razón son consideradas imprescindibles; en tanto que los servicios privados se rigen por el derecho común.

- La protección del dominio público también se logra mediante el derecho penal, que considera delito la destrucción, inutilización, desaparición o cualquier daño causado a ciertas cosas dominiales (archivos, registros, bibliotecas, etc)

15- Bienes de dominio privado (patrimonio fiscal).

- Pertenecen al dominio privado de la administración todas las cosas o bienes que no teniendo una afectación especial, sirven para la realización de los diversos servicios a su cargo.

- Estos bienes los posee la Administración al igual que los particulares, pero están sometidos a reglamentaciones y restricciones que son del Derecho administrativo.

16- Precisiones acerca de la enajenabilidad, prescriptibilidad y embargabilidad.

- *Inalienables*: la naturaleza jurídica de los bienes públicos impide que puedan, por su propia función o destino, ser objeto de actos de disposición alguna mientras dure su afectación. Son bienes que están fuera del comercio. La enajenabilidad puede ser considerada absoluta en cuanto a los bienes que son del dominio público por su naturaleza, y sólo relativa respecto de lo que lo son por su destino.

- *Imprescriptibles*: no se extingue por el transcurso del tiempo. La prescripción es un modo de adquirir la propiedad sancionada por el derecho privado; en consecuencia no puede ser aplicado a los bienes públicos que están fuera del derecho privado.

- *Inembargables*: no pueden ser objeto de ejecución judicial, no susceptible de sufrir embargo, hipotecarse, expropiarse, reivindicarse ni ser objeto de usufructo alguno.

17- Tierras fiscales y municipales.

- "Son bienes del dominio privado del Estado:

b) Los terrenos situados dentro de los límites de la República que carezcan de dueño".

(C.C. art. 1900)

- "Los inmuebles del dominio privado del Estado y de propiedad pública o privada de las Municipalidades no pueden adquirirse por prescripción". (C.C. art. 1904)

18- Derecho y jurisdicción competente.

- Los bienes del dominio privado se rigen, como su propio nombre lo indica, por el Derecho privado. Consecuentemente, la jurisdicción competente en materia de bienes del dominio privado es la común ordinaria, a no ser que se trate de institutos de Derecho administrativo, como es la adjudicación de lotes a los beneficiarios de la reforma agraria, regida por el Estatuto respectivo.

19- Bienes del patrimonio industrial.

- "Son bienes del dominio privado del Estado:

c) *Los minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en estado natural, con excepción de las sustancias pétreas, terrosas o calcáreas. La explotación y aprovechamiento de estas riquezas se regirán por las legislación especial de minas".*

(C.C. art. 1900)

20- Adquisición de bienes por expropiación.

- La expropiación es un medio extraordinario para la adquisición de bienes, para ser incorporados a cualquiera de las categorías que hemos estudiado como para otros fines.

- "Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de **utilidad pública o de interés social**, que será determinada en cada caso por ley". (C.N. art. 109)

- "La expropiación de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria será establecida en cada caso por la ley, y se abonará en la forma y plazo que la misma determine". (C.N. art. 116)

}

LECCION XII

Derecho Policial

1- Diversos conceptos de "policía".

- El vocablo policía deriva del griego *polis*, ciudad, en la antigüedad clásica era el Estado.

- "Poder de policía" del autócrata en el llamado antiguo régimen, en el que se comprendían todas las funciones estatales.

- "Estado-Policía", doctrina liberal individualista, por el cual únicamente se limita ciertas libertades con la intención de evitar que se dañen o destruyan unas a otras.

- "Estado Policial" a título de policía interviene en todas las esferas de la vida individual y colectiva.

- "Poder de Policía", facultad constitucional del P. Legislativo de reglamentar los derechos y libertades consagrados en la Constitución y función policial la de los órganos administrativos llamados a ejecutar dichas leyes reglamentarias.

2- La policía en el Estado de Derecho.

- En el Estado de Derecho la "Policía" hace parte del Derecho Administrativo, sometida como tal a la ley, subordinada a la misma, sea esta la ley formal o la Constitucional.

- El orden público es la situación armónica creada por el equilibrio de fuerzas entre los bienes comunes y la libertad del individuo.

3- Fundamentación del derecho policial en la Constitución.

"La Policía Nacional es una Institución Profesional, no deliberante, obediente, organizada como carácter permanente y en dependencia jerárquica del órgano del Poder Ejecutivo el encargado de la seguridad interna de la nación.

Dentro del marco de esta Constitución y de las leyes, tiene la misión de preservar el orden público legalmente establecido así como los derechos y seguridad de las personas y entidades y de sus bienes; ocuparse de la

prevención de los delitos; ejecutar los mandatos de la Autoridad Competente y bajo Dirección Judicial, investigar los delitos. La ley reglamentara su organización y sus atribuciones.

El mando de la Policía Nacional será ejercido por un Oficial Superior de su cuadro permanente. Los policías en servicio activo no podrán afiliarse a partido o a movimiento político alguno, ni realizar ningún tipo de actividad política.

La creación de cuerpo de policías independientes podrá ser establecida por ley, la cual fijara sus atribuciones y respectivas competencias, en el ámbito municipal y en el de los otros poderes del Estado". (Art. 175)

4- Diferente situación de las personas y de los órganos policiales.

- Lo que hay que destacar ahora es la diferente situación jurídica resultante de las disposiciones constitucionales respecto de las personas de los órganos policiales.
- La Policía Nacional ajustara el ejercicio de su función a las normas constitucionales y legales, y fundara su acción en el respeto a los Derechos humanos. (Art. 3º Ley Nº 222 Orgánica de la Policía Nacional).
- Para las personas existen los derechos y garantías consagradas en la Constitución aunque no estén reglamentadas por Ley

5- Materias de policía.

- Art. 6º.- Serán funciones y atribuciones de la Policía Nacional:
 - 1.) Preservar el orden público legalmente establecido.
 - 2.) Proteger la vida, la integridad, la seguridad y la libertad de las personas y entidades y de sus bienes.
 - 3.) Prevenir la comisión de delitos y faltas mediante la organización técnica la información y la vigilancia.
 - 4.) Expedir Cedula de Identidad, Pasaportes, Certificado de Antecedentes, De Vida, De Domicilio, De Residencia.
 - 5.) Solicitar la presentación de documentos de identificación personal cuando el caso lo requiera.
 - 6.) Detener a las personas sorprendidas en la comisión de delitos.
 - 7.) Dar cumplimiento a los mandatos judiciales, etc.

6- Caracteres del Derecho Policial: :

- Art.2º.- La Policía Nacional, como integrante de la fuerza publica, es una institución profesional, de estructura jerarquizada, no deliberante y obediente .

- a) *mantenimiento del orden*: Es función de la Policía preservar el orden público legalmente establecido. Nuestra Constitución es explícita al respecto y establece en su artículo 165 "Dentro del marco de esta Constitución y de las leyes, tiene la misión de preservar el orden público legalmente establecido así como los derechos y seguridad de las personas y entidades y de sus bienes; ocuparse de la prevención de los delitos; ejecutar los mandatos de la Autoridad Competente y bajo Dirección Judicial, investigar los delitos. La ley reglamentara su organización y sus atribuciones"
- b) *carácter preventivo*: Prevenir la comisión de delitos y faltas mediante la organización técnica, la información y la vigilancia.
- c) *uso de la coacción*: Intervenir de oficio en los hechos delictuosos, detener a las personas conforme a la ley, detener a las personas sorprendidas en la Comisión de delitos y a los sospechosos.
- d) *carácter negativo*: En el sentido en que solo tratan de evitar daños mediante obligaciones y prohibiciones impuesta a los particulares y no promueven medidas para su bienestar o para el bien de la comunidad.

7- Definición del Derecho policial.

- Es el sector del Derecho Administrativo que tiene por finalidad preservar, bajo amenaza de coacción inmediata, el orden legalmente establecido para la protección de las personas y comunidad.

- Conjunto de servicios organizados por la Administración Pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y aun moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual y colectiva). (Rafael Bielsa, ob.cit., T. IV, Pág. 1)

8- Fuentes del derecho policial.

- La Constitución Nacional de 1992
- Ley Nº 222 / 93 , Orgánica de la Policía Nacional.
- Ley Nº 14 / 90 , Ley del Marchódromo
- Res. 6 del 17 de febrero de 1995, Proyecto de guía de procedimiento policial
- Res. 7 del 20 de febrero de 1995, Reglamento disciplinario de la Policía Nacional

9- Actos de ejecución:

- Son los actos administrativos individuales regidos en un todo por las reglas propias del acto administrativo, especialmente en cuanto a las condiciones de su regularidad y validez.

- Consisten en la aplicación de la ley o del reglamento al caso concreto, para una persona determinada o un grupo determinado de personas.

- a) *Ordenes*: actos imperativos que obligan directamente al destinatario (arresto, allanamiento de domicilio).
- b) *Permiso y autorizaciones*: Son actos administrativos, permisivos , vinculan a terceros y a la autoridades en particular, a la obligación de respetar el ejercicio del derecho protegido por el permiso .

10- Derecho policial penal:

- Conjunto de las sanciones aplicables por las transgresiones a las leyes y reglamento de la policía . Las transgresiones a la norma policial tiene por consecuencia la imposición de una pena como sanción. Las sanciones que se imponen por violación de las disposiciones policiales se denominan penas de policía. Puede definirse la pena de policía como “ la sanción inflingida a una persona por la comisión u omisión reprimida por ley, reglamento, ordenanza o prohibiciones de policía ”.

- Rigen los mismos principios fundamentales del derecho penal común, la diferencia esta a que el órgano administrativo tiene la facultad de fijar en el reglamento las faltas y sus sanciones, también existe el sumario administrativo como juicio previo.

- a) multa, clausura de establecimiento, inhabilitación, comiso:
- b) arresto:
- c) coacción material.

11- Sanciones concurrentes.

- Las sanciones de policía con las administrativas en general no se excluyen sino que pueden acumularse con las de carácter penal y civil, como lo admiten uniformemente nuestros tribunales.

12- Facultades discrecionales y regladas de la policía.

- Art. 6, Inc. 28.- Dictar reglamentos y edictos para el cumplimiento de sus fines de acuerdo con sus facultades regladas. Ley Nº 222 Orgánica de la Policía Nacional.

13- Limitación de la función policial.

- Cualquier disposición legal, reglamentaria, orden o medida de policía que contraríen la Constitución Nacional son nulas y de ningún valor . Con este presupuesto básico se establecen las disposiciones normativas cuyas limitaciones establecen las normas de policía:

- a) La reglamentación policial debe fundarse en alguna causa o motivo presupuesto y justificado;
 - b) No puede sobrepasar el objetivo del mantenimiento del orden público;
 - c) Debe admitir un régimen de excepción al principio general cuando no vulnere ningún interés social; y
 - d) Debe estar sujeta a los controles jurisdiccionales que acuerdan los recursos administrativos y judiciales para la protección de las personas contra los excesos del poder de policía.
- No puede admitirse, en consecuencia, la potestad omnímoda del poder de policía en su función reguladora de los derechos individuales

LECCIÓN XIII

1.- Aplicación del Derecho Privado en la Administración Pública.

La administración pública recurre a la aplicación del derecho privado cuando los medios jurídicos que éste ofrece (los contratos) son más idóneos para la consecución de sus fines que los del propio DA. Esta aplicación la puede hacer el Estado y las municipalidades en el carácter de personas jurídicas que les atribuye el Código civil, y los entes descentralizados en el mismo carácter del que están investidos por sus leyes orgánicas.

2.- Existen contratos de la administración que no sean del derecho privado?

Siguiendo la doctrina francesa, para la mayor parte de los autores de DA existe dentro del género de contratos de la administración una especie que es ha dado en llamar “contratos administrativos”. Los contratos de derecho común o privado serían de otra especie. Los 1os serían regidos por normas de DA y la jurisdicción correspondiente sería la contencioso-administrativa. Pero estos contratos administrativos se rigen también en parte por el derecho privado o común y los regidos por éste derecho no pueden desprenderse totalmente del Derecho Público, puesto que son celebrados por entes estatales. La cuestión es saber si los contratos administrativos ofrecen notas diferenciales suficientes para distinguirlos de los demás contratos celebrados por la administración.

3.- Actos administrativos y no “contratos”.

Hay que eliminar de lo que vamos a analizar a ciertos actos administrativos calificados como contratos y que son evidentemente unilaterales y no bilaterales o contractuales. Tales son los permisos o concesiones por los cuales se otorga a particulares, cumplidas ciertas condiciones exigidas en la ley, derechos o ventajas contempladas en la misma. Por ejemplo la ocupación de un bien del dominio público como la toma de agua para un regadío. La autoridad administrativa obra en éstos casos a petición del particular y no por acuerdo de voluntad con éste. Tampoco son contratos los actos administrativos por los cuales se conceden exoneraciones fiscales y otras ventajas como incentivo para ciertas inversiones, porque les faltaría el “nexo causal de prestaciones” que es propio de los contratos (contraprestación, en otras palabras).

4.- Enumeración de los contratos administrativos típicos.

Los contratos de la administración que generalmente son considerados “contratos administrativos” los enumeramos en el orden siguiente: función pública - concesión de servicio público - obra pública –suministro - empréstito. No son, desde luego, los únicos, pero son los que pueden considerarse típicos y lo que se diga de ellos será válido para todos los demás en mayor o menor medida. Incluso el orden en que están enumerados tiene alguna importancia en el sentido de que los 1os se apartan más del régimen de los contratos del derecho común y los últimos se le asemejan más, en virtud de su propia esencia o lo que para nosotros es el mayor o menor grado de incidencia en ellos de las atribuciones legales y constitucionales de la administración pública.

Discusión de las notas distintivas atribuidas a los “contratos administrativos”.

Expondremos los caracteres distintivos que generalmente les son atribuidos y una breve crítica:

a) participación de una persona pública en el contrato: no es distintivo, pues en todos los contratos de la administración, no sólo en los “administrativos” participan el Estado, las municipalidades o entes estatales y municipales descentralizados.

b) El objeto: la segunda condición sería que el contrato se relacione con el funcionamiento de un servicio público. Tratamos de definir el servicio público y al no lograrlo limitamos el concepto a servicios creados y organizados por el Estado y las municipalidades. Entonces no es criterio de distinción, porque ¿qué contratos puede celebrar la administración para servicios privados? Ninguno, aún los contratos comerciales celebrados por empresas públicas son para el funcionamiento de servicios públicos y no privados.

c) Interés Público: en los contratos administrativos, la idea de causa o motivo determinante tiene más importancia que en los del derecho privado, porque presuponen el interés público o el fin de la institución a la que se refieren; pero lo mismo puede afirmarse de todos los demás contratos de la administración, puesto que el interés público les es consustancial y si la administración opta por los medios jurídicos del contrato de derecho privado es porque son más idóneos y adecuados para satisfacer el interés público en determinadas esferas de la actividad económica.

d) Finalidad: el contrato debe tener finalidad propia de la administración pública, o sea el cumplimiento de fines estatales típicos. Dado que toda función y servicio estatal tiene necesariamente finalidad pública y no privada, la nota señalada alude a la distinción clásica entre los fines propios, esenciales y permanentes del Estado y los fines accidentales o contingentes, pero esta distinción ha sido superada, pues no hay límite preciso para distinguir lo que sea de finalidad propia o típica del estado, porque eso depende de cada Estado en particular, dadas las circunstancias.

e) Desigualdad de las partes: por el hecho de que en los contratos antes señalados una de las partes, la administración, establece las condiciones del contrato y el contratante particular no hace más que aceptarlas se concluye que hay desigualdad de las partes y que ésta es característica de los contratos administrativos. Pero lo mismo ocurre en los contratos de adhesión del DP y por eso no dejan de ser contratos de DP. Además la igualdad que interesa es la de las prestaciones recíprocas y no la de la posición del ofertante. Así también los poderes de que goza la administración son de la misma naturaleza que los poderes jurídicos de los particulares: no tiene más poderes que los que la ley le reconoce o confiere.

f) Contenido complejo: reglamentario y contractual: una doctrina dice que la concesión del servicio público contiene una parte reglamentaria que puede ser modificada unilateralmente y una contractual que no puede ser modificada unilateralmente por la administración. Falla en cuanto a los reajustes de la tarifa que sería la parte contractual de la concesión y cuya modificación se produce con frecuencia a pedido del concesionario, cuando el equilibrio financiero del contrato se ha roto en perjuicio del mismo, como sucede en el caso del transporte público.

g) Forma de los contratos: es el más débil de los argumentos. Por el hecho de que los contratos administrativos estén sometidos a formalidades como la licitación pública se afirma que dicha formalidad lo caracteriza. Pero en DP también hay formas especiales para ciertos contratos como la subasta pública (pública de para el público en general, no por la res pública) y no por ello dejan de ser contratos de derecho privado. En DA se prescribe la licitación pública para cualquier tipo de contrato, sea administrativo o de derecho privado.

h) Prerrogativas de la administración o cláusulas exorbitantes: dicen que caracterizan a los contratos administrativos, especialmente la doctrina francesa. Dichas prerrogativas son:

I. Ius variandi: todos los enumerados arriba son de ejecución sucesiva, de duración relativamente larga, en cuyo transcurso pueden variar las necesidades públicas, sobrevenir circunstancias diferentes, renovarse la tecnología e incluso variar el criterio de la administración acerca de cómo satisfacer necesidades. Entonces no solo es justo sino imprescindible para preservar el interés público recurrir a la cláusula “Rebus sic Stantibus” (continuando así las cosas), cláusula a la que debe reconocérsele aplicación extensiva (o sea que vale el contrato mientras las cosas continúen igual, cambia el estado de cosas y a otra cosa mariposa).

II. Dirección y control: se reconoce a la administración la facultad de ejercer la dirección y control de la ejecución del contrato, aunque la facultad no esté prevista en el mismo. Las medidas de corrección las puede adoptar de oficio conforme a la ejecutividad atribuida a los actos administrativos.

III. Sanciones: por incumplimiento de las estipulaciones del contrato la administración impone sanciones previstas, sin recurrir a tribunales.

IV. Resolución: también puede rescindir el contrato por interés público, aunque no haya pacto expreso, si no, pregúntele a Enrique Riera lo que muy bien hizo con el CEA. Esta facultad no es desconocida en derecho privado y no por su ejercicio por una de las partes deja de ser contrato privado, como se pretende para los contratos administrativos.

Todas estas medidas las adopta la administración sin perjuicio de indemnizar al co-contratante por el mayor gravamen que le ocasione y del derecho de recurrir a tribunales a posteriori de la adopción de dichas medidas, conforme a las reglas de ejecutividad de los actos administrativos. En síntesis, ninguna de las características es totalmente válida para distinguir los contratos administrativos de los otros contratos celebrados por la administración.

6.- Incidencia de las facultades ejecutivas de la administración.

Las facultades ejecutivas, propias de la administración son la que ésta tiene dentro del sistema de organización constitucional de los poderes. Son reservadas al PE para la ejecución de las leyes y las que estas mismas leyes asignan a los diferentes organismos administrativos para la realización de sus cometidos, especialmente los encomendados a las empresas públicas. En la empresa privada se tienen fines estatutarios cuya ejecución se confía a los administradores, pero son fines privados y su realización y estipulación queda librada a la voluntad

autónoma de las sociedades. En las instituciones y empresas públicas están asignadas en las leyes, las que deben y son cumplidas mediante las facultades ejecutivas de la administración. Desde éste punto de vista aparecen las llamadas **cláusulas exorbitantes o prerrogativas de la administración**, no como normas intrínsecas de los contratos sino como incidencia de atribuciones propias de la administración y, en éste carácter, aplicables en principio a toda clase de contratos celebrados por la misma. Tal incidencia deja intacto el fondo obligacional del contrato, por lo que se saca en conclusión que el acto administrativo de alteración es una cosa y el contrato es otra; y que la incidencia puede ocurrir en todos los contratos de la administración.

La constitución prescribe que en ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general, norma esencial de organización del Estado. Los órganos deben perseguir el interés de la nación y el bien común. Las prerrogativas entonces se resumen en las facultades ejecutivas: ius variandi y dirección y control; y las medidas pueden ser ejecutadas de oficio sin recurrir previamente a los tribunales; y su incidencia se dá en todos los contratos celebrados por la administración, sean los considerados típicos o nó.

7.- Acto administrativo y contrato.

Las facultades ejecutivas de la administración son ejercidas antes y durante la ejecución del contrato. Siguen siendo actos unilaterales, y bilateral el contrato. Pero no ambas cosas al mismo tiempo. El proceso es el siguiente: la administración llama a licitación pública, decide sobre la mejor oferta, adjudica el derecho a suscribir el contrato al mejor ofertante (todos actos unilaterales). Se celebra el contrato (acto bilateral consensual) y luego durante su ejecución interviene otra vez la administración mediante actos administrativos unilaterales en virtud de sus facultades ejecutivas. No hay acto jurídico que sea a la vez unilateral y bilateral: unilaterales son los actos administrativos que preparan y suceden al contrato, y bilateral el mero contrato.

Derecho y jurisdicción correspondiente:

La conclusión es obvia: todos los contratos celebrados por la administración como persona jurídica (y no hay otros) se rigen por el derecho común, y los actos administrativos que interfieren en ellos, por el derecho administrativo. La jurisdicción competente es la ordinaria para las cuestiones propias del contrato; y la contencioso-administrativa para la revisión judicial de los actos administrativos.

8.- Grado de intervención unilateral en los diversos contratos de la administración.

Dado el carácter general de las facultades ejecutivas de la administración, ellas pueden ser ejercidas en todos los contratos celebrados por la misma. Otra cosa es el grado de incidencia, el que necesariamente tendrá que variar según la naturaleza de los diversos contratos, por lo que no pueden darse reglas fijas, pero pueden darse en líneas generales un máximo y un mínimo de gradación de la incidencia:

a) en la función pública: el agente queda investido de un status legal por el acto de nombramiento que es unilateral. En la ley y reglamentos no sólo están establecidas las condiciones de la prestación de los servicios, sino que la administración puede modificarlas de acuerdo con sus necesidades, sin que exista equilibrio financiero que restablecer mediante aumento de sueldos u otras remuneraciones, salvo que la ley lo prescriba expresamente.. el régimen de la función pública es tan peculiar que no hay razón para considerarlo contrato. La función pública es un instituto jurídico autónomo, propio del derecho administrativo.

b) Concesión del servicio público: es en donde tienen más amplia aplicación las facultades ejecutivas de la administración. La concesión es siempre por un período más o menos largo de tiempo (5,10, 25 años) y con seguridad se producirán cambios en las necesidades públicas, en la tecnología e incluso en el criterio de la administración durante su transcurso. Es la regla Rebus sic Stantibus la que contempla con propiedad y amplitud el problema.

c) Obra pública: en el contrato de obra pública también hay margen para una amplia aplicación o ejercicio de las facultades ejecutivas de la administración. Tienen aplicación todas las medidas enumerada más arriba, sin perjuicio del posterior recurso del co-contratante ante los tribunales y de las demás consecuencias derivadas de la modificación del contrato.

d) Contrato de suministro: consiste en la compraventa de efectos por entregas sucesivas o periódicas. Aquí la aplicabilidad de las facultades ejecutivas de la administración es más reducida, en el sentido que puede imponer modificaciones que obligarán al co-contratante para entregas futuras y no para las ya efectuadas (sino sería retroactivo).

e) Empréstito: Es donde existe menor margen para las decisiones administrativas, en el cual prevalece el régimen de inalterabilidad del derecho privado, aunque hay lugar para un mínimo de aplicación de facultades ejecutivas: **1º** la facultad de declarar de oficio la nulidad del empréstito por irregularidades graves, como la falta de autorización legislativa prescripta en la constitución. **2º** y más importante por su resultado práctico, la facultad de resolver el contrato y pagar la deuda antes de su vencimiento (posible pero poco probable) si considera que las condiciones del empréstito han llegado a ser inconvenientes.

f) Otros contratos: no se puede imaginar ningún contrato de la administración de ejecución continuada que no admita por lo menos la facultad de declaración de nulidad y de la resolución de oficio, como en el contrato de empréstito. Incluso en los ejecución única como la compraventa, se puede declara su nulidad de oficio y su resolución unilateral mientras esté pendiente de ejecución.

Las condiciones en que se justificaría la intervención unilateral de la administración serían: **1.-** que el medio empleado sea indispensable para conformar el contrato a la ley y a la conveniencia pública. **2.-** que no haya otro modo idóneo en el propio contrato para alcanzar los mismos fines. **3.-** que no tenga efecto retroactivo (modificaciones sólo para el futuro). Se trata de conciliar el interés público de la intervención administrativa con la inviolabilidad de los contratos de derecho privado, cuya preservación es también de indudable interés público. Por último, el ejercicio de tales facultades es discrecional, lo que no quiere decir arbitraria.

9.- Efectos de hechos nuevos sobre la ejecución financiera del contrato.

Se deja siempre a salvo el derecho del co-contratante a la indemnización, como en el caso de rescisión unilateral; al reajuste del precio por modificación de las obras; o al de tarifa por encarecimiento del servicio. Las condiciones y el quantum de dichos efectos deben ser cuidadosamente precisados.

a) la 1ª discriminación es la de **variaciones ordinarias y extraordinarias**: las **ordinarias** (como aumento en la provisión de hidrocarburos por aumento del consumo) en principios no debe dar lugar a reajustes, el financiamiento se opera por el propio mecanismo del contrato: mayor volumen de productos o servicios, mayores ingresos.

b) Las variaciones a ser reajustadas son las **extraordinarias**, que subvierten el equilibrio financiero del contrato. Deben distinguirse las causadas por la administración (o hechos de príncipe) y las derivadas del acaecer económico o social del país.

c) Los **hechos de la administración** deben ser nuevamente diferenciados: los **dispuestos en el contrato por el propio ente administrativo** contratante; y los **hechos del gobierno en general**, sea PE o PL. los 1os como sean causa directa del desequilibrio financiero del contrato, dan lugar a indemnización o reajuste en su integridad. Los hechos del gobierno (como aumento de sueldos y salarios) dan lugar a reajuste en la medida en que han incidido directamente en la economía del contrato, y no en cuanto sus efectos sólo son indirectos y mediatos, los que deben comprenderse entre los riesgos de administración del co-contratante.

d) **En cuanto a los hechos producidos fuera de la órbita de la administración**, propios del acontecer socioeconómico o social (como la depreciación monetaria o el descenso en la demanda de bienes y servicios), sólo deben ser objeto de reajustes en medida equitativa y no integral, en concepto de auxilio o subsidio al co-contratante; porque la administración no puede asegurar un beneficio fijo sino que la ejecución del contrato es por cuenta y riesgo del co-contratante, a cargo de quien corre en éste caso los riesgos de carácter económico y social.

10.- Los contratos de la administración en nuestro derecho positivo.

No hay en nuestro derecho positivo disposiciones que regulen expresamente los **contratos que puede estipular la administración** con los particulares. La posibilidad de celebrarlos está dada con la atribución de personalidad jurídica por el Código civil al Estado; y a las Municipalidades y a las instituciones administrativas descentralizadas por sus respectivas cartas orgánicas.

A su vez, la **posibilidad de intervenir** en la ejecución de los contratos y conformarlos a los fines que la ley tiene en vista, le viene al PE de la atribución constitucional de dictar instrucciones y reglamentos para la ejecución de las leyes; y en las leyes orgánicas de las entidades descentralizadas en cuanto sea necesario para la realización de sus cometidos asignados en éstas mismas leyes. En cuanto a los **medios jurídicos** por los que la administración puede intervenir, son los conocidos en la doctrina más difundida como cláusulas exorbitantes o prerrogativas de la administración, las que son simplemente manifestaciones de las facultades ejecutivas.

La **teoría de los “contratos administrativos”** es creación de la jurisprudencia francesa que para nosotros no tiene más valor que el de Doctrina aplicable sólo en cuanto se conforme con los principios fundamentales de nuestro derecho público. (o sea que todo esto para nada).

11.- Requisito constitucional para concesiones y empréstitos.

Lo que tienen en común concesiones y empréstitos es que sólo pueden ser por tiempo limitado, con lo que están de acuerdo la ley de hidrocarburos y la ley de minas.

En las concesiones: entre las atribuciones del Congreso están: Autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales, multinacionales o de bienes del Estado, así como para la extracción y transformación de minerales sólidos, líquidos y gaseosos; (202). **En los empréstitos**: Aprobar o rechazar la contratación de empréstitos. (202). Hay que distinguir los empréstitos según su objeto, para saber cómo se aplica la disposición constitucional: Los empréstitos **ordinarios** para la ejecución del presupuesto, suelen estar autorizados en la ley de presupuesto. Son contraídos durante el ejercicio fiscal y pagados dentro del mismo y su objeto es agilizar la ejecución del presupuesto. Los empréstitos que requieren ley especial que los autorice son los **extraordinarios**, cuya ejecución trasciende el ejercicio fiscal.

La exigencia constitucional rige para todos los empréstitos del Estado y de las entidades descentralizadas porque todas están sometidas al igual que la administración central a la exigencia constitucional de aprobación legislativa de sus presupuestos. Interesa no sólo la autorización formal sino la aprobación de las condiciones concretas: monto, intereses, amortización, plazos, garantías y demás. Las garantías hacen parte del empréstito y también deben estar autorizadas por ley. Una autorización general contenida en la ley orgánica y la que se conceda en ésta forma al Ejecutivo caería en la prohibición constitucional según la cual ningún poder del Estado podrá atribuirse ni otorgar a otro...facultades extraordinarias.

LECCION XIV

Procedimiento de Contratación

1- Licitación pública.

- Procedimiento para la adjudicación de contratos sobre suministros, ejecución de obras o prestación de servicios públicos, de acuerdo con un pliego de condiciones, al licitante que ofrezca mejor precio y mayores ventajas.
- Es el procedimiento administrativo por el cual la administración invita a una cantidad indeterminada de posibles interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en los pliegos de bases y condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, o conveniente (de conformidad a los factores económicos). (Derecho Administrativo, Roberto Dromi, Pág. 377)

2- Principios constitucionales básicos.

- *Principio de igualdad*: "Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien..." (Art. 46 C.N.). Requiere que todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.
- *Principio de primacía del interés general sobre el particular*: "En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general..." (Art. 128 C.N.)
- *Publicidad*: significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia.
- *Libre concurrencia*: posibilidad de oposición en la futura contratación, e implica la prohibición para la administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.
- *Transparencia*: permite ver con claridad el actuar de los órganos de la Administración en la disposición y uso que se da a los fondos públicos destinados a la contratación administrativa.

3- Licitación restringida.

- Es la llamada licitación por precalificación de empresas, la cual se limita un círculo de posibles oferentes que reúnan especiales condiciones de capacidad técnica y financiera, exigencias generalmente necesarias para la contratación de grandes obras públicas.
 - La afluencia de oferente es limitada
 - La presentación de los oferentes responden a una invitación personal y directa formulada por la Administración
 - La invitación debe cursarse por medio fehaciente.
- En este caso el principio de igualdad se cumple con dar participación en la licitación a todos los que reúnan las condiciones preestablecidas.

4- Etapas o fases del procedimiento licitatorio.

- Pueden señalarse las siguientes etapas que son otras tantas fases autónomas dentro del procedimiento de la licitación:
 - a) Preparación y adopción del pliego de condiciones;
 - b) Convocatoria a licitación;
 - c) Presentación y apertura de las ofertas;
 - d) Valoración de las mismas;
 - e) Selección y adjudicación;
 - f) Formalización del contrato.

5- Preparación y adopción del pliego de condiciones.

- El pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. Las cláusulas especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento).
- Constituye el primer acto del procedimiento. El pliego de condiciones debe ser suficientemente preciso, no solo para la identificación del objeto del futuro contrato sino también para hacer que las ofertas, al ser formuladas sobre las mismas condiciones, puedan ser comparables. Pero al mismo tiempo no deben ser extremadamente específicas o individualizadas las condiciones de suerte que sólo puedan cumplirlas algún ofertante determinado, que sería la forma de darle de entrada una posición privilegiada a éste.
- El pliego de condiciones puede ser cerrado o abierto y en cuanto al contenido, dentro del pliego hay una parte relativa a condiciones generales del contrato y otra sobre especificaciones técnicas de su objeto, distinción que puede servir para encomendar la primera parte a un departamento central de contrataciones de la Administración y la segunda a la entidad administrativa interesada.
- Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados.
- Comprende pues los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones.

6- Convocatoria a licitación.

- La publicidad del llamado a licitación es esencial porque sin ella no se cumplen las condiciones fundamentales de la libre concurrencia e igualdad de oportunidad para los particulares interesados. Incluso cualquier modificación en el pliego debe darse a publicidad por los mismos medios en que ha sido este publicado.
- La publicación debe hacerse en la forma prescrita en la ley o reglamento y, en su defecto, por los medios de publicidad adecuados y suficientes.

- Operado el anuncio o publicación del llamado, los interesados que cumplimentan las condiciones objetivas y subjetivas requeridas por la normativa jurídica y por los pliegos de bases y condiciones, pueden acudir como oferentes.

Contenido:

- a) la determinación del procedimiento de selección y sus modalidades;
 - b) la fecha a partir de la cual se abre el llamado;
 - c) el objeto de la futura contratación que origina el procedimiento;
 - d) la aprobación de los pliegos de base y condiciones particulares o especiales o la estipulación de cuales van a aplicarse en ese llamado;
 - e) la determinación de competencias en cuanto a las diferentes etapas del procedimiento licitatorio;
 - f) lugar, día y hora para la presentación de antecedentes y ofertas;
 - g) la disposición de la publicación del llamado y la fijación de fecha, plazo y medios para ello.
- (Derecho Administrativo, Roberto Dromi, Pág. 402)

7- Presentación de las ofertas y aperturas de las mismas.

- *Presentación de las ofertas:* para la admisión o rechazo. El examen versa sobre aspectos exteriores de la propuesta (documentos habilitantes, nota de depósito de garantía, etc.) y no puede alcanzar al contenido, puesto que la propuesta es cerrada. La presentación de oferta traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar relaciones jurídicas entre el proponente con el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento. Los interesados en concurrir a la licitación estudian la obra, servicio o suministro licitado, calculan su costo y redactan después la oferta o propuesta de contrato, la que presentarán en el lugar y día indicados en los anuncios, con las formalidades que señalan la ley y los pliegos.

- *Apertura de las ofertas:* La apertura de los sobres y la lectura de las propuestas traducen una operación material y un acto de trámite de la Administración, respectivamente, por los que se permite a los oferentes tomar conocimiento de todas las propuestas, vigilar el proceso, verificar su legalidad y asegurar la imparcialidad del licitante y su trato igualitario. El Acto es verbal y actuado, porque las leyes imponen el levantamiento de un acta en la que se refleje todo lo acontecido durante su desarrollo.

Se celebra en presencia de los funcionarios de la dependencia designados, de todos los que deseen presenciarlo y si la importancia de la contratación lo justifica, se requerirá la presencia de un escribano. Acerca de la conformidad del contenido con el pliego de condiciones, pero también solo superficialmente. En esta ocasión puede ser rechazada por defectos graves y notorios, de oficio por la autoridad competente o a pedido de las partes intervinientes. Los oferentes pueden formular observaciones antes y después de la apertura.

8- Evaluación de las ofertas.

- Una *Comisión Evaluadora* será la encargada de emitir el dictamen, sin carácter vinculante, que proporcionará a la Administración los fundamentos para el dictado del Acto administrativo que ponga fin al procedimiento de selección. El *dictamen de evaluación* debe contener los siguientes recaudos:

- a) examen de los aspectos formales de la oferta;
- b) calidades de los oferentes;
- c) evaluación de las ofertas, y
- d) recomendación sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento.

- Se podrá decir que la mejor oferta será la más convenientes o bien la de mayor beneficio al menor costo. Tendrían que mediar razones técnicas, económicas o financieras evidentes y de mucho peso para desechar la oferta de menor costo.

9- Adjudicación: su valor jurídico.

- La adjudicación es el último acto unilateral de la Administración en el procedimiento licitatorio. En la misma decisión califica la mejor oferta y adjudica a su titular el derecho a celebrar el contrato.

- Es el acto administrativo por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual.

- El adjudicatario tiene solamente el derecho de no ser preterido a favor de otro, en el caso que la administración decida contratar.

10- Opciones para la Administración.

- Al término del procedimiento licitatorio la Administración tiene las opciones o alternativas siguientes:

- a) rechazar todas las propuestas, dando así fin a la licitación;
- b) llamar a mejora de precio entre los licitantes habilitados;
- c) seleccionar la mejor oferta, adjudicando a su proponente el derecho a contratar en el caso de que se celebrara el contrato;
- d) celebrar el contrato con el ofertante seleccionado.

- El adjudicatario puede dejar de suscribir el contrato perdiendo simplemente la garantía; y también la Administración, a la que no puede menos que reconocerse la misma opción de desistir del contrato, indemnizando al adjudicatario los daños que llegara a causarle con su desistimiento.

11- Formalización del contrato.

- La licitación termina con el contrato y la forma de concertación debe estar prevista en la ley o reglamento y si no lo está, debe preverse en el pliego de condiciones.

12- Vicios de la licitación.

- Los defectos más graves que pueden producirse en el procedimiento licitatorio son los que de alguna manera violan o subvierten los principios fundamentales de la libre competencia e igual oportunidad para todos los oferentes.

- Se producen generalmente en la publicación, o violatorio de una prohibición, además los defectos pueden ser violatorios de facultades regladas.

13- Recursos.

- Los recursos de reconsideración y jerárquico proceden aunque no estén previstos en la ley, por aplicación de los preceptos constitucionales sobre derecho de petición e inviolabilidad de la defensa. Además procede en cualquier caso el recurso contencioso administrativo ante el Tribunal de Cuentas.

14- Otras formas de contratación.

- Con carácter de excepción, aunque de hecho sean más frecuentes, hay otras formas de contratación, las que a continuación sumariamente se describen:

- a) *Concurso de precios*: licitación limitada a posibles oferentes invitados especialmente por la Administración a presentar ofertas.
- b) *Subasta o remate público*, para la venta de bienes muebles de la administración.
- c) *Contratación directa* que consiste en la selección del contratante, libre de formalidades.

15- Pro y contra de la licitación pública.

- La licitación pública ha sido y es objeto de duras críticas. Se le achaca principalmente.

- a) Su lentitud, onerosidad e ineptitud para enfrentar los complejos problemas de nuestro tiempo, derivados del desarrollo de la tecnología y de los negocios.
- b) Su incapacidad para evitar los fraudes, al punto de que se convierte con frecuencia en cobertura legal para encubrirlos, no solo de parte de los funcionarios sino también de los oferentes, mediante colusiones y combinaciones ocultas.

- Lo que debe de procurarse es mayor transparencia.

16- Sugerencias para mejorar el sistema.

- a) La Ley debe establecer el impedimento e la autoridad actuante para entender en la licitación en que se presenten personas vinculadas a la misma por relación de parentesco o de negocios.
- b) Rescisión del contrato y sanciones para los funcionarios que, por culpa o negligencia en la preparación y especificación del objeto de la licitación, hagan necesarias nuevas especificaciones y ampliaciones tanto o más importante que las del contrato primitivo, favoreciendo de esta forma al adjudicatario que, por hallarse en ejecución del contrato, está en situación de imponer sus condiciones para hacerse cargo de las ampliaciones.
- c) Institución de un Departamento especializado para operar las licitaciones de la Administración.

LECCION XV

Servicio Público

1- Teoría del servicio público.

- El Estado es un conjunto de servicios públicos y el Derecho administrativo es el derecho por el cual se rigen tales servicios. Lo que rige al derecho estatal es el Derecho Constitucional.

- El servicio es una organización de medios para una actividad o función estatal, y el término “ público ” es indicativo de la condición del sujeto titular (personas públicas); del fin del servicio (público); del régimen jurídico al que se somete (derecho público); y de los destinatarios o usuarios (el público). El bien común impera como causa orientadora de la existencia estatal. (Derecho Administrativo, Roberto Dromi , Pag. 693)

2- Diversos conceptos.

- Son los servicios indispensables a la comunidad que asume el Estado para asegurar esa prestación ya sea a través de una prestación directa o indirecta (a través de concesiones).

- Servicio creado y organizado por el Estado o los Municipios, aunque luego concedan su prestación o explotación a particulares, en cuyo caso no dejan de ser servicio público estatal o municipal.

- Servicios de interés general.

- La materia del servicio.

- Lo que caracteriza al servicio público es su régimen jurídico.

- Prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones – fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. (Derecho Administrativo, Roberto Dromi , Pag. 693)

3- Régimen elusivo de la competencia legislativa.

- El Poder Legislativo puede ejercer amplias facultades mediante leyes que instituyan los servicios públicos y reglamenten los privados cuyo interés general encuentra justificado, o autorice al P. Ejecutivo o a determinadas instituciones autónomas a reglamentarlos.
- El Poder Ejecutivo por su parte no tiene más facultades que las necesarias para la ejecución de tales leyes.
- El Poder Judicial sólo tiene competencia para entender y decidir en las cuestiones contenciosas que se susciten con motivo de la ejecución de las mismas leyes.
- Pero eludiendo el principio constitucional de que “nadie esta obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe”, las autoridades administrativas intervienen en todo aquello que a su juicio sea servicio público so pretexto de que el Estado tiene las aludidas facultades de intervención.

4- Necesaria restricción del concepto.

- Para evitar las imprecisiones y eventuales extralimitaciones de la doctrina del servicio público, habría que limitar su concepto a los servicios estatales, municipales y de otras instituciones de Derecho público.
- Habría que excluir también del concepto las “funciones públicas” no regidas por Derecho administrativo, tales como el legislativo y la judicial.

5- Gestión directa y concesión del servicio público.

- Gestión directa: cuando el Estado administra y hace diligencias conducentes al logro de un asunto público o privado (servicio de policía, recaudación de impuesto, etc.). En los cuales existe obligatoriedad de la prestación del servicio, igualdad de trato para los usuarios, continuidad, modificabilidad y adecuación a las necesidades públicas.
- Concesión del servicio público: Existe un otorgamiento de facultades por parte del Estado. Acto jurídico de Derecho Público, cuyo fin esencial es organizar un servicio de utilidad general, y cuyo rasgo característico consiste en delegar en un concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por la misma concesión o por los principio del Derecho Administrativo, la remuneración de los capitales puesto a contribución en la realización de la empresa pública, para lo cual se crean deberes y derechos a cargo y a favor del concesionario y quedan determinadas su medida y extensión por el contenido del acto y por las modificaciones impuestas por el poder de policía.

6- Aplicación del Derecho Administrativo y Derecho Privado en los servicios públicos.

- Los servicios públicos de contenido económico, industrial, comercial, bancario, etc., requieren agilidad como las empresas privadas y el medio adecuado es el de descentralizarlos y hacer que puedan utilizar los medios jurídicos del Derecho Privado.

7- Servicios privados reglamentados.

- Los servicios organizados y prestados por particulares son regidos en principio por el Derecho privado y sólo por excepción por el Derecho público administrativo, justamente en la medida de su reglamentación.

8- Cómo se distingue el servicio público del servicio privado reglamentado.

- En primer lugar se debe investigar la intención del legislador, en el caso que no exprese claramente cuál es su intención al organizar o reglamentar un servicio, o emplea una terminología incorrecta, y entonces hay que investigar si existe una intención tácita o implícita, la que podrá inferirse de ciertos datos o indicios:
 - a) Si se ha establecido para el particular la obligación de *prestar continuamente el servicio por determinado tiempo* puede concluirse que es un servicio público.
 - b) Si el particular que presta el servicio percibe tasas, en el supuesto de que estas tasas puedan distinguirse de los precios del Derecho privado, sería también indudable el carácter de servicio público.
 - c) Si presta el servicio bajo el régimen del monopolio podría inferirse que es un servicio público puesto que solo el Estado tiene esa facultad.
 - d) Entre otras encontramos; la facultad de ejercer servidumbres administrativas u obligar a los habitantes a ciertas prestaciones.

9- Nuevos cometidos estatales.

- La empresa pública no se limita ya a los servicios típicos sino que se extiende a la producción de toda clase de bienes, y ella trasciende el estrecho marco de la obtención de lucro, para llegar a objetivos tales como preservar la riqueza nacional, realizar las llamadas obras de infraestructura, promover las industrias básicas, asegurar las fuentes de trabajo, etc.
- “Siempre que el Estado resuelva transferir empresas públicas o su participación en las mismas al sector privado, dará opción preferencial de compra a los trabajadores y sectores involucrados directamente con la empresa. La ley regulará la forma en que se establecerá dicha opción”. (Art. 111 C.N.)

10- El servicio público en nuestro Derecho positivo.

- C.N. 1870: No hay una sola palabra sobre servicio público. Lo único que podría equipararse era *la instrucción primaria* que era obligatoria y sólo el Estado podría llevarla a cabo.
- C.N. 1940: El Estado podía *nacionalizar* (rescatar un servicio público concedido), con indemnización los servicios públicos.
- C.N. 1967: El Congreso tiene la facultad de autorizar por tiempo determinado, a iniciativa del poder Ejecutivo, concesiones para el establecimiento de industrias o de servicios públicos nacionales.
- C.N. 1992:
 - a) “*Para el cumplimiento de sus fines, el Estado establece impuestos, tasas, contribuciones y demás recursos; explota por sí, o por medio de concesionarios, los bienes de su dominio privado, sobre los cuales determina regalías, royalties, compensaciones u otros derechos, en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales; organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el canon de los derechos que se estatuyan; contrae empréstitos internos o internacionales destinados a los programas nacionales de desarrollo; regula el sistema financiero del país y organiza, fija y compone el sistema monetario*” (Art. 178)
 - b) “*El Estado podrá otorgar concesiones a personas o empresas públicas o privadas, mixtas, nacionales o extranjeras, para la prospección, la exploración, la investigación, el cateo o la explotación de yacimientos por tiempo limitado...*” (Art. 112)
 - c) “*Son deberes y atribuciones del Congreso: 11) autorizar, por tiempo determinado, concesiones para la explotación de servicios públicos nacionales, multinacionales o bienes del Estado...*” (Art. 202 inc. 11)

11- Necesidad de adecuada técnica legislativa.

- El legislador, al tiempo de establecer el régimen jurídico a que estarán sometidos determinados servicios de los que se harán cargo particulares, exprese claramente si éstos lo harán en carácter de “concesionarios” de servicio privado o “permisionario” de servicio privado reglamentado, y no remitirse a lo que los interpretes puedan inferir de la naturaleza del servicio.

- También es imprescindible establecer cuál será el órgano competente para la calificación, si el propio P. Legislativo, el Ejecutivo o alguno de sus órganos, o las Municipalidades en su caso; y por último, el régimen jurídico uniforme o diversas reglas que serán aplicables, según las peculiaridades del servicio, una vez sea éste calificado como “servicio público”.

LECCION XVI

Derecho Administrativo Económico

1- Que se entiende por derecho administrativo económico.

- Función del Estado en la economía, sea la función reguladora de la economía privada sea la de los emprendimientos económicos del Estado. La economía enfocada desde el punto de vista del Estado.

- El Estado interviene en la economía a través de dos técnicas o modalidades:

- a) *Intervención directiva*: es la intervención de orientación o de política económica estricta, también llamada “administración ordenadora”. Este proceso de intervención, generalmente legislativo, se traduce en programas de ayuda, subvenciones articuladas en una política de fomento y planes de desarrollo.
- b) *Intervención directa*: es la intervención de ejecución, también llamada “administración prestacional”, en la cual el Estado es un sujeto económico más que participa y dirige actividades económicas. Es una intervención estatal administrativa, pues generalmente traduce su obrar por medio de empresas públicas. (Derecho Administrativo; Roberto Dromi, Pág.854)

2- Las diversas fases de la intervención estatal en la economía.

- El problema de la intervención estatal en la economía suele ser tratado *in abstracto*, tanto en la ciencia económica como en la política, sin tener en cuenta la gran variedad de formas y grados de intervención que pueden ser decisivos según sean las especiales condiciones de desarrollo, de sistema de vida, de tecnología, de ideología, de cada país en particular.

- Los instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para intervenir en la economía son la planificación económica, el fomento administrativo, la empresa pública y la policía económica. (Derecho Administrativo; Roberto Dromi, Pág.855)

- La política implementada por el Estado conllevará, entonces, un modo propio de intervención económica, la cual deberá optar entre distintas alternativas que responderán al mayor o menor grado de intervención estatal en ese campo.

- Entre esas alternativas podemos enumerar: centralización o descentralización; economía pública o economía mixta; estatización o privatización; regulación o desregulación; monopolización o desmonopolización; emergencia o permanencia; economía de Estado o economía de mercado; propiedad privada o propiedad participada; aislamiento económico o integración económica; o economía concertada.

(Derecho Administrativo; Roberto Dromi, Pág.867)

3- Servicios de fomento de la economía privada.

- “La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población. *El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional*”. (Art. 176 C.N.)

- “*Los planes nacionales de desarrollo serán indicativos para el sector privado y de cumplimiento obligatorio para el sector público*”. (Art. 177 C.N.)

4- Órganos con funciones de fomento.

- a) Ministerio de Agricultura y Ganadería:
 - Tiene función de defensa y estímulo a la producción agrícola, ganadera y forestal.
 - I.B.R. (Instituto de Bienestar Rural)
 - C.A.H. (Crédito Agrícola de Habilitación)
 - Servicio Forestal Nacional
 - SENACSA (Servicio Nacional de Salud Animal)
- b) Ministerio de Industria y Comercio:
 - Su función es la de fomentar la producción industrial mediante la instalación de nuevos establecimientos y el mejoramiento de los existentes; facilitar la distribución, circulación y consumo de los bienes de origen nacional y extranjero y promover el incremento del comercio interno e internacional.
 - Consejo de Inversiones
 - Servicio de Promoción Artesanal
- c) Ministerio de Hacienda
 - Banco Nacional de Fomento
- d) Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones:
 - Dirección General de Turismo
- e) Banco Central del Paraguay
 - Fondo Ganadero

5- Regulación estatal de la economía.

- Para el ejercicio de funciones reguladoras se requiere en todos los casos que el órgano administrativo esté revestido de competencia y expresa autorización de la ley. Los instrumentos jurídicos de que se vale el Estado, con finalidad de regulación, ordenación y promoción, son *la planificación económica y el fomento administrativo*.
- Como ejemplo tenemos: la fijación de precios y salarios o la imposición de gravámenes de cambio y depósitos previos para la importación o de cuotas de ciertos productos para la industria nacional, admitidas en nuestra legislación, para darse cuenta de que se ha recorrido gran trecho hacia una “economía controlada”.

6- Órganos con facultades reglamentarias.

- a) *Presidencia de la República*: a través del Consejo Nacional de Coordinación Económica; la cual tiene función de resolver de acuerdo con el Banco Central “asuntos sobre bancos, créditos y moneda, establecer las variaciones de salarios en general, incluso los salarios mínimos”.
- b) *Ministerio de Hacienda*: es el principal órgano de regulación económica.
- c) *Ministerio de Industria y Comercio*: fijar las normas técnicas industriales, las especificaciones y demás condiciones a las que serán sometidas las materias primas y artículos manufacturados.
- d) *Ministerio de Agricultura y Ganadería*: a través del Consejo nacional de Aguas Públicas.
- e) *Ministerio de Justicia y trabajo*: la Dirección del Trabajo, tiene atribución principal de cumplir y hacer cumplir las disposiciones laborales vigentes en la Nación que correspondan a la autoridad administrativa según los términos del Código del trabajo.

7- El Estado empresario.

- El Estado se convierte en protagonista de la economía a través de una participación activa y directa de los medios de producción. Constituyéndose en el único gestor y ejecutor de las actividades. Ejecuta y sustituye al sector privado.

8- Marco constitucional.

- 1870 C.N.: No hubo empresas públicas de importancia en dicho periodo.
- 1940 C.N.: En su Art. 15; se establecía que “el Estado podrá nacionalizar, con indemnización, los servicios públicos, y monopolizar la producción, circulación y venta de artículos de primera necesidad”. Se crean, la ANTELCO en 1945, ANDE en 1948, la CORPOSANA en 1954, el Ferrocarril Central Carlos A. López en 1961.
- 1967 C.N.: sólo incidentalmente se refiere a la posibilidad de creación de empresas públicas.
- 1992 C.N.: establece en su Art. 176 “La política económica tendrá como fines, fundamentalmente, la promoción del desarrollo económico, social y cultural. *El Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles, con el objeto de impulsar un crecimiento ordenado y sostenido de la economía, de crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, de acrecentar el patrimonio nacional y de asegurar el bienestar de la población.* El desarrollo se fomentará con programas globales que coordinen y orienten la actividad económica nacional”.

9- Régimen legal de la empresa pública.

- Las empresas públicas deben ser creadas por ley, en razón de que su creación implica la asignación de un nuevo cometido a la administración y también porque su funcionamiento requiere la provisión de recursos que sólo el P. Legislativo puede establecer.

“Son deberes y atribuciones del Congreso:

- 12) *dictar leyes para la organización de la Administración de la República, para la creación de entes descentralizados y para el ordenamiento del crédito público;* (Art. 202 C.N)

10- Modalidades de la empresa pública.

- a) Una vez creado un servicio público o una industria estatal, el Estado puede otorgar su explotación a un “concesionario”.
- b) *Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria* (51 % de las acciones pertenecen al Estado)
- c) Constitución de una *empresa o sociedad mixta*, que permita la participación de la empresa privada en el capital y la administración de la empresa.
- d) La empresa pública bajo gestión directa, con plena participación del Estado en una actividad económica determinada.
- e) Aún la empresa pública bajo gestión directa admite todavía dos grados distintos de intervención: el régimen de libre concurrencia y el de monopolio.

11- Derecho de la integración.

- Se refiere al conjunto de normas y principios jurídicos relativo a la integración entre dos o más países, con el objeto de completar sus recursos y ensanchar el mercado para sus productos mediante empresas conjuntas. (Ej.: MERCOSUR, ITAIPÚ, YACYRETA, HIDROVÍA PARAGUAY-PARANÁ, etc.)

- *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estado, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.* (Art. 145 C.N.)

12- Empresas públicas existentes.

- Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones

- a) ANDE (Administración Nacional de Electricidad) entidad autárquica
- b) Ferrocarril Pte. C. A. López , entidad autárquica
- c) Dirección General de Correos, dependiente del Ministerio.

- Ministerio de Hacienda:

- a) Banco de Fomento

- Ministerio de Industria y Comercio:

- a) I.N.C.(Industria Nacional del Cemento) entidad autárquica.
- b) PETROPAR (Petróleos Paraguayos) entidad autárquica.

- Empresas Binacionales:

- a) ITAIPÚ
- b) YACYRETA

- Ministerio del Interior

- a) CORPOSANA, entidad autárquica.

13- Empresa pública subsidiaria de la privada.

- La generalidad de las empresas públicas existentes cumple una función subsidiaria de las empresas privadas. Su creación ha sido urgida por varias razones:

- a) Porque el cometido no está al alcance de las empresas privadas.
- b) Por falta de interés de la iniciativa privada.
- c) Para reforzarla.
- d) Por razones políticas o de infraestructura económica.

14- Monopolio y libre concurrencia.

- *Monopolio*: hay que distinguir monopolio de hecho y monopolio legal. Existe el primero cuando las condiciones peculiares del servicio o de la industria no admiten la libre concurrencia, aunque ésta no estuviese prohibida.(CORPOSANA, ANDE). En cambio el monopolio legal, prohíbe la libre concurrencia, está expresamente descartada para empresas privadas.(acuñar y emitir monedas)

- *Libre concurrencia*: existe libertad para el ejercicio de la actividad privada.

“Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades.

Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la ley penal”. (Art. 107 C.N.)

LECCION XVII

Derecho Administrativo Tributario

Sistema Tributario: Es el régimen legal integrado armónicamente de los tributos vigentes en un país conforme con los fines y propósitos de la política financiera del Estado.

1- Su ubicación: Derecho financiero y Derecho tributario

- El Derecho Administrativo Tributario estudia los ingresos en base a los tributos.
- Una misma materia es objeto de estudio de diversas disciplinas bajo diferentes fases: la Hacienda Pública o finanzas que son ciencia económica aplicada al Estado de una parte y por la otra Derecho Financiero y Tributario que son ciencias jurídicas. Estas dos últimas no pueden ser ubicadas dentro de aquella, puesto que el enfoque de su objeto y sus métodos de estudio son diferentes.
- Hay que marcar la distinción entre Derecho Financiero y Derecho Tributario: el primero comprende principalmente la legislación presupuestaria, la de contabilidad pública, el régimen de la erogaciones y el de los ingresos que no sean de fuente tributaria; en tanto que el segundo que es parte de aquel, se ocupa de la legislación tributaria, llamada también fiscal por antonomasia.

2- Derecho tributario y Derecho administrativo tributario.

- *Derecho Tributario:* regula las relaciones entre el erario público y los contribuyentes, por medio de los impuestos de toda índole, las personas y los bienes gravados, las exenciones especiales, las formas y plazos de pago, las multas u otras penas, o los simples recargos que corresponde aplicar por infringir los preceptos sobre declaraciones, trámites y vencimientos.
- *Derecho Administrativo Tributario:* normas que regulan la ejecución de los tributos.

3- Competencia del Poder Ejecutivo y sus órganos.

- *"Son deberes y atribuciones del Presidente de la República:*

13) *disponer la recaudación e inversión de las rentas de la República, de acuerdo con el Presupuesto General de la Nación y con las leyes, rindiendo cuenta anualmente de su ejecución;"* (Art. 238 inc. 13)

- Por Ley Nº 817/26 de Organización Financiera, faculta a la Dirección de Impuestos Internos para organizar y controlar la percepción de todos los impuestos que no sean aduaneros, postales y telegráficos.

4- Descentralización de los órganos de recaudación.

- Las facultades de recaudación no pueden ser ejercidas exclusivamente por los órganos centrales del P.E.. Cabe entonces la necesidad de la descentralización de competencia en sus diversos grados, para dictar reglamentos y para resolver cuestiones concretas mediante actos administrativos individuales.

5- Reglamentos en materia tributaria.

- *Reglamentos Externos:* será establecido exclusivamente por ley.
- *Reglamentos Internos:* la facultad para emitir reglamentos internos lo tiene los órganos de recaudación aún en el caso que la ley no se la otorgara expresamente, porque dicha facultad estaría implícita en el poder jerárquico. Obliga a los Agentes de la administración y no a los particulares.
- *Reglamento de ejecución:* son los dictados para la mejor ejecución de la ley, mediante providencias que completan las disposiciones legales, sin crear nuevas obligaciones extrañas a las previstas legalmente.
- *"Nadie está obligado al pago de tributos ni a la prestación de servicios personales que no hayan sido establecido por Ley. No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas desmedidas".* (art. 44 C.N.)

6- Determinación individual (liquidación) del tributo.

- La determinación es un pronunciamiento de la autoridad administrativa, la cual debe contemplar una serie de requisitos a los cuales debe adecuarse el acto para su validez como pronunciamiento firme y como acto administrativo reglado.
 - a) Condición de fondo.
 - b) Asignación de competencia en la ley tributaria.
 - c) La forma de liquidación debe ser escrita o exteriorizada por algún medio que la haga cierta y auténtica.
 - d) Procedimiento previo a la liquidación (procedimiento normal, autoliquidación o por liquidación de oficio)
 - e) Causa; debe haber un hecho imponible.
 - f) Pronunciamiento de la autoridad.

7- Naturaleza jurídica de la liquidación.

- Es un *acto administrativo declarativo* (declara una obligación existente).

8- Revocabilidad de la liquidación.

- No se adopta la revocabilidad en sentido amplio, sino la revocabilidad por cambio de criterio.
- Es irrevocable la liquidación correcta, en la que no ha mediado ocultación u omisión del contribuyente. Se entiende también que el cambio de criterio en la aplicación de la ley puede tener lugar en casos futuros.

9- Consultas sobre interpretación de la ley tributaria.

- El particular tiene derecho a formular consultas a nuestras autoridades ,

“ Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine. Se reputará denegada toda petición que no obtuviere respuesta en dicho plazo ”

(C.N Art. 40)

10- Obligación tributaria y obligación del Derecho común.

- La obligación que emana de la liquidación tiene por objeto una prestación pecuniaria, lo mismo que una obligación del Derecho Común que tenga por objeto dar sumas de dinero.

- Se diferencia en cuanto a capacidad (persona privada) y competencia (Estado), la cual es facultativo para el particular y obligatorio para el agente estatal.

11- Reglas propias de la obligación tributaria.

- Son las que determinan la autonomía del Derecho Tributario:

a) **Regla de la igualdad:** “ Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios, sino igualitarios”. (Art. 46 C.N.)

b) **Constitución en Mora:** “ La mora se configura por la extinción de la deuda por tributos en el momento y lugar que corresponda, operándose por el solo vencimiento del término establecido. Será sancionada con una multa, a calcularse sobre el importe del tributo no pagado en término, que será del 4% si el atraso no supera 1 mes; del 6 % si el atraso no supera dos meses; del 8% si el atraso no supera tres meses, 10 % si el atraso no supera cuatro meses, 12 % si el atraso no supera cinco meses y del 14 % si el atraso es de cinco o más meses. Todos los plazos se computarán a partir del día siguiente al del vencimiento de la obligación tributaria incumplida.

Será sancionada, además, con un recargo o interés mensual a calcularse día por día, que será fijado por el P.E., el cual no podrá superar el interés corriente de plaza para el descuento bancario de los documentos comerciales vigentes al momento de su fijación, incrementado hasta en el 50 % el que se liquidará hasta la extinción de la obligación.

Cuatrimensualmente el P.E. fijará la tasa de recargos o intereses aplicables para los siguientes cuatro meses calendario. Mientras no fije nueva tasa continuará vigente la tasa de recargos fijada en último término”. (Art. 171 Ley 125/ 91)

c) **Prescripción liberatoria:** “ La acción para el cobro de los tributos prescribirá a los cinco años contado a partir del 1º de enero del año siguiente a aquel en que la obligación debió cumplirse. Para los impuestos de carácter anual que gravan ingresos o utilidades se entenderá que el hecho gravado se produce al cierre del ejercicio fiscal. La acción para el cobro de las sanciones pecuniarias e intereses o recargo tendrá el mismo término de prescripción que en cada caso corresponda al tributo respectivo...” (Art. 164 Ley 125/91)

d) **Compensación:** “ Son compensables de oficio o a petición de parte los créditos del sujeto pasivo relativos a tributos, intereses o recargos y multas con las deudas por los mismos conceptos liquidados por aquel o determinadas de oficio, referentes a períodos no prescriptos, comenzando por los más antiguos aunque provengan de distintos tributos, en tanto el sujeto activo sea el mismo.

Para que proceda la compensación es preciso que tanto la deuda como el crédito sean firmes, líquidos y exigibles. La Administración podrá otorgar certificados de crédito fiscal a los sujetos pasivos beneficiados con este instituto para el pago del mismo u otros tributos adeudados.

Dichos certificados de crédito fiscal podrán ser cedidos por el sujeto pasivo a otros contribuyentes para que éstos puedan efectuar la compensación o pagos de deudas tributarias a cargo de la administración.

A todos los efectos, se considerará que los créditos del estado han sido cancelados por compensación en el momento en que se hizo el crédito del sujeto pasivo”. (Art. 163 Ley 125/ 91)

12- Liberación del tributo.

- Debe estar establecida en la ley:

“Exoneraciones: (Art. 14 Ley 125/ 91)

1) Están exentas las siguientes rentas:

- a- los dividendos y las utilidades que se obtengan en el carácter de accionistas o de socios.
- b- Los intereses de títulos de la deuda pública...

2) Están exonerados:

- a- las entidades religiosas...

3) Están exonerados temporalmente:

- a- las cooperativas...

- Existe exoneración cuando se libera al contribuyente de una carga que sobre él pesa.

- Existe exención cuando la persona no se encuentra gravada por el tributo.

13- Repetición de pago indebido.

- “ El pago indebido o exento de tributos, intereses o recargo y multas, dará lugar a repetición.

La devolución de tributos autorizados por leyes o reglamentos, a título de incentivo, franquicia tributaria o exoneración, estará regida por la ley o el reglamento que la conceda y solo supletoriamente se someterá al presente procedimiento.

Los pagos a cuenta o anticipos excesivos serán devueltos de oficio o de acuerdo a las normas pertinentes ”. (Art. 217 Ley 125/ 91)

14- Irregularidades de la liquidación y sus remedios.

- La liquidación puede adolecer de cualquiera de las irregularidades del acto administrativo y ser pasible de nulidad o anulabilidad. Los medios de protección del contribuyente contra la liquidación irregular son los mismos que proceden contra los actos administrativos en general.

15- Inconstitucionalidad de la liquidación.

- La autoridad administrativa debe abstenerse de aplicar en el caso que este resulte manifiestamente inconstitucional. Aunque ella esté estipulado en la norma por el principio de prelación. (art 137 C.N.)

16- El procedimiento tributario y su reforma.

- Sede Administrativa: Administración Central, Entes Descentralizados, Municipios, arts.233, Ley 125/91

- a) **Recurso de Reposición o Reconsideración:** Debe interponerse en el plazo perentorio de 10 días (Art. 234 de la Ley 125/91). Se interpone ante el órgano que dictó la resolución y quien tiene 20 días para su pronunciamiento. Si no se dictare la resolución en este plazo se entenderá que hay denegatoria del recurso.
- b) **Recurso de Apelación:** ante el Consejo de tributación del Ministerio de Hacienda. Art. 235 de la Ley 125/91. Plazo para interponer el recurso 10 días hábiles. Debe dictarse la resolución dentro de los 30 días hábiles. Pasado este plazo se considera automáticamente denegado el Recurso (Resolución Ficta). El mismo se interpondrá ante el Consejo de Tributación del Ministerio de Hacienda (48 horas para recibir los antecedentes)
- c) **Resolución expresa:** artículo 236 de la Ley 125/91
- d) **Consejo de Tributación:** órgano dependiente del Ministerio de hacienda, que debe entender el recurso de apelación interpuesto (artículo 32 de la Ley 109/91) (Recurso Facultativo según la Ley 109/91)

17- Cobro judicial de tributos.

- Título Ejecutivo Fiscal: Ante el Tribunal de Cuentas dentro de los 15 días contados desde la notificación. Representará a la administración tributaria un profesional de la Abogacía del Tesoro.

“ La administración tributaria, por intermedio de la Abogacía del Tesoro promoverá la acción ejecutiva, por medio de representantes convencionales o legales para el cobro de los créditos por tributos, multas, intereses o recargos y anticipos, que sean firmes, líquidos o liquidables”. (Art. 229 Ley 125/91).

- Requisitos Formales: Art. 230 Ley 125/ 91

- Juicio Ejecutivo: el cobro ejecutivo de los créditos fiscales se hará efectivo por el *procedimiento de ejecución de sentencias*, conforme a lo establecido en el Código Procesal Civil. (Art. 231 Ley 125/ 91)

LECCION XVIII

Responsabilidad de la Administración

1- Concepto de la responsabilidad en Derecho.

- Se entiende por responsabilidad en Derecho la condición o estado que hace imputable a una persona la consecuencia jurídica de una acción u omisión de la misma persona o de otra o de un simple hecho.
- La responsabilidad en todos los casos es una creación jurídica. En una República no existe un funcionario al cual no se lo pueda hacer responsable de sus actos. Todos los funcionarios, tanto el Presidente de la República como el ordenanza de una institución pública, son responsables de sus acciones, debido a que manejan la cosa pública, y por lo tanto, deben rendir cuenta de sus actos. Incluso de fallas, pueden y deben ser sancionadas por ellas.

2- Clases de responsabilidad.

- La responsabilidad es **subjetiva** cuando la imputación se funda en el concepto moral de culpa y **objetiva** cuando se basa en consideraciones de justicia o de mera técnica jurídica ajenas al concepto de culpa. La del Estado en todos los casos, sólo puede ser objetiva, pues carece de voluntad propia y de culpa, como todas las personas jurídicas.
- Otra clasificación que interesa a nuestro objeto es la de responsabilidad **indirecta**, como lo es la responsabilidad de la administración por actos jurídicos de sus agentes, y la **directa** por actos jurídicos regulares, que le son imputados a la administración como si fueran propios de ella misma.
- Por último, la responsabilidad **contractual** y la **extracontractual**.

3- Responsabilidad contractual.

- La responsabilidad recae sobre la entidad administrativa contratante con personalidad jurídica. Las personas jurídicas son responsables por el incumplimiento del contrato. La actividad del Estado puede generar responsabilidad en la ejecución y extinción de un contrato.

4- Responsabilidad extracontractual.

- Surge de una conducta de los órganos del Estado, sin que medie vínculo contractual (ej: sentencia judicial que por error condena a un inocente; por actos y hechos ilícitos de sus agentes; daños ocasionados por automotores del Estado, etc.)
- *“Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del Estado, de las Municipalidades, y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.*

Los autores y copartícipes responderán solidariamente.

El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos”. (Art. 1845 C.C.P)

5- Legislación comparada.

- Inglaterra: con el dogma “ The King can do no wrong ” (el Rey no puede equivocarse) ni siquiera se admitía la responsabilidad de sus agentes. Hasta que en 1947, por la Crown Proceeding Act la responsabilidad de sus agentes.
- EE.UU. : partiendo del principio que el estado no podía ser juzgado por uno de sus Poderes, tampoco fue admitida su responsabilidad por actos ilícitos de sus agentes, hasta 1946 en que se la estableció por la Federal Court Claims Act.
- Francia: fue el primero en establecer la responsabilidad de la Administración, caracterizándose por los rasgos siguientes: a) es un régimen principalmente jurisprudencia; b) coexistencia de responsabilidad del funcionario y de la Administración; c) extensión progresiva, consagrada por la jurisprudencia, de la responsabilidad de la Administración.
- Argentina: la responsabilidad extracontractual del estado sigue en líneas generales el mismo régimen, de fuente también principalmente jurisprudencial. No es favorable a responsabilizar al Estado directamente por daños ocasionados por sus agentes. (Art. 43 del C.Civil Arg.)
- Brasil: la responsabilidad de la Administración ha sido constitucional. Las personas jurídicas de derecho público así como las de derecho privado prestadoras de servicio público responderá por los daños de sus agentes...(Art. 37 inc. 6) El Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como al que permanezca en prisión más allá del tiempo fijado en la sentencia (Art. 5. LXXV). Constitución republicana de 1888.
- Uruguay: la Constitución de 1952 afirmó la responsabilidad directa de la administración en todos los casos, sin perjuicio e la acción de repetición de ésta contra aquellos.

6- Clases de responsabilidad extracontractual.

- *Responsabilidad Indirecta*: es la emergente de actos antijurídicos (delitos y cuasidelitos) de sus agentes.
- *Responsabilidad Directa*: es el de responsabilidad por actos jurídicos regulares (legislativo, administrativo y judiciales).
- *Responsabilidad por Riesgo*: responsabilidad por hechos accidentales acaecidos dentro de la Administración, sin culpa de los agentes y tampoco son actos propios de la Administración.

7- Fundamentos de la responsabilidad extracontractual.

- La teoría de la culpa in eligendo o in vigilando*: aplicable sólo a la responsabilidad por actos ilícitos de los agentes y que evidentemente carece de validez.
- La de los derechos adquiridos*: la administración debe indemnizar si afecta derechos adquiridos. Carece de validez.
- Aplicación por analogía de la indemnización por expropiación*: No existe tal analogía.
- Igualdad en las cargas públicas, entendida como igualdad de sacrificio en aras del bien común*: Es válido para fundar la responsabilidad del Estado.
- Teoría del riesgo de administración*: se descarta la culpa y se sustituye por el riesgo administrativo como fundamento de la responsabilidad para indemnizar.
- El complejo de garantías del estado de derecho para la protección de las personas*: toda persona tiene derecho a ser protegida por el Estado.

8- Responsabilidad por actos ilícitos de los agentes.

“Ningún funcionario o empleado público esta exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto” (C.N. Art. 106)

9- Evolución en nuestro Derecho Positivo.

- Antes de la Ley 1506/ 35 : Existía la responsabilidad de la Administración por actos ilícitos de sus agentes. Ello en virtud del Código Civil el cual regía para los mismos.
- Ley 1506/ 35 : Queda eliminada la responsabilidad del Estado (Art. 32)
- 1940 - C.N.: Abre la posibilidad de instituir la responsabilidad del Estado, por ley, la cual nunca fue sancionada y siguió rigiendo la Ley 1506.
- 1967 - C.N.: Establece la responsabilidad del Estado, en virtud de la remisión que se hace al Código Civil.
- 1992 - C.N.: Regula la responsabilidad del Estado por daños y perjuicios en su Art. 17, inc. 11; 39 y en el Art. 106, hace mención de la responsabilidad subsidiaria del Estado.

10- Agentes cuyos actos causan responsabilidad del Estado.

- Los agentes estatales son también responsables civilmente por los daños inferidos en el ejercicio de la función. En la práctica su responsabilidad no se hace efectiva, porque los interesados demandan directa y exclusivamente al Estado, obteniendo de tal modo el resarcimiento de sus daños, y porque el Estado no siempre reclama a sus agentes por los daños cometidos por ellos respecto de terceros y que eventualmente lo obligan a indemnizar.
- C.N. Art. 106 : “ *Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad.*”

11- Condiciones de la responsabilidad de la Administración.

- C.N. Art. 106 : “ *En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones...*”.

12- Acumulación de la responsabilidad del agente y de la Administración.

- La responsabilidad admite diferentes modalidades. Puede ser simplemente mancomunada, solidaria o subsidiaria de la Administración sólo para el caso de insolvencia del agente declarado culpable.
- La expresión “ *sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado* ”, que establece la Constitución, indica que la responsabilidad del agente subsiste y está en primer término, hallándose la del Estado en segundo lugar para garantizarla y hacerla efectiva.

13- Bases para una ley reglamentaria.

- La ley debe conciliar los dos intereses en juego: la legalidad de la administración garantizada con la responsabilidad personal de sus agentes, y la protección del particular damnificado que debe ser indemnizado de todas maneras.
 - a) La subsidiaridad de la responsabilidad del Estado, sólo para el caso de insolvencia del agente público culpable.
 - b) La demanda debe ser contra el agente y la administración.
 - c) La responsabilidad de la Administración se hará efectiva previa excusión de los bienes del agente.
 - d) Debe aplicarse al agente la sanción de 2º grado.
 - e) La ley debe definir el derecho aplicable y la jurisdicción correspondiente.

14- Derecho privado o público?.

- La responsabilidad de la Administración por actos ilícitos de sus agentes se rige por el Derecho Civil y la jurisdicción competente es la ordinaria.

15- Responsabilidad por actos regulares.

- El Estado indemnizará por los daños y perjuicios de que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en el ejercicio de sus funciones.

16- Necesaria limitación en la aplicación.

- Si los daños son normales y no infringen el principio de igualdad, no cabe la indemnización , y por el contrario tiene vigencia el principio constitucional de que “ en ningún caso el interés particular primará sobre el interés general.

LECCIÓN XIX **El Control de la Administración**

Existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control en todas las instancias del quehacer público. El control se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal. Sin control no hay responsabilidad, no puede haber responsabilidad pública sin fiscalización eficaz de los actos del Estado. A tal fin existe una diversidad de vías y remedios procesales para hacer efectivo dicho control y a ello hay que sumar la estructura orgánica especializada a los fines fiscalizadores del quehacer administrativo. Existen, por tanto, el control político, el jurisdiccional y el administrativo, cada uno con su respectiva faz interna y externa.

1.- El control político.

La Constitución ha establecido un sistema de controles entre los órganos políticos del Estado, como consecuencia de la división tripartita del poder que consagra. Así expresa en el artículo 3 “del Poder Público”: El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo,

Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. La dictadura está fuera de la ley.

En el ámbito del Legislativo, el poder es ejercido por el Congreso, un cuerpo deliberante compuesto de una Cámara de Senadores y otra de Diputados sin subordinación jerárquica entre ambas, pero en cuanto a control interno sí pueden imponer sanciones disciplinarias a sus respectivos miembros cuando éstos dejen de cumplir con los deberes propios del cargo o del decoro que exige la Constitución. El fundamento del Estado de Derecho y del Sistema Democrático de Gobierno tiene su esencia en la antedicha separación de poderes. El parlamento es un órgano político y como tal es un medio poderoso de control externo de la administración, con los medios que provee la misma Constitución, a saber:

192 - Del pedido de informes

Las Cámaras podrán solicitar a los demás poderes del Estado, a los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, y a los funcionarios públicos, los informes sobre asuntos de interés público que estimen necesario, exceptuando la actividad jurisdiccional. Los afectados estarán obligados a responder los pedidos de informe dentro del plazo que se les señale, el cual no podrá ser menor de quince días.

193 - De la citación y de la interpelación

Cada Cámara, por mayoría absoluta, podrá citar e interpelar individualmente a los ministros y a otros altos funcionarios de la Administración Pública, así como a los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, a los de entidades que administren fondos del Estado y a los de las empresas de participación estatal mayoritaria, cuando se discuta una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivas actividades. Las preguntas deben comunicarse al citado con una antelación mínima de cinco días. Salvo justa causa, será obligatorio para los citados concurrir a los requerimientos, responder a las preguntas y brindar toda la información que les fuese solicitada. La ley determinará la participación de la mayoría y de la minoría en la formulación de las preguntas. No se podrá citar ni interpelar al Presidente de la República, al Vicepresidente, ni a los miembros del Poder Judicial en materia jurisdiccional.

Así, la ley que reglamenta éste artículo, prescribe que la citación e interpelación podrá hacerse a: los Ministros del Poder Ejecutivo y a otros Altos Funcionarios de la Administración Pública, así como a los Directores y Administradores de los Entes Autónomos, Autárquicos y Descentralizados, a los de Entidades que administren fondos del Estado y a los de Empresas de participación estatal mayoritaria. La persona citada deberá concurrir personalmente y podrá hacerse acompañar por asesores y llevar toda documentación que estimare conveniente. El interpelado responderá en primer lugar a las preguntas que le fueron comunicadas con antelación. Una vez que el interpelado hubiere contestado por completo las preguntas a que se refiere el artículo anterior, los parlamentarios podrán formular preguntas adicionales, ampliatorias o aclaratorias vinculadas con el objeto de la interpelación o con las respuestas dadas por el interpelado.

Artículo 194 - Del voto de censura

Si el citado no concurriese a la Cámara respectiva, o ella considerara insatisfactorias sus declaraciones, ambas Cámaras, por mayoría absoluta de dos tercios, podrán emitir un voto de censura contra él y recomendar su remoción del cargo al Presidente de la República o al superior jerárquico. Si la moción de censura no fuese aprobada, no se presentará otra sobre el mismo tema respecto al mismo Ministro o funcionario citados, en ese periodo de sesiones.

Artículo 195 - De las comisiones de investigación

Ambas Cámaras del Congreso podrán constituir comisiones conjuntas de investigación sobre cualquier asunto de interés público, así como sobre la conducta de sus miembros. Los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, los de las entidades que administren fondos del Estado, los de las empresas de participación estatal mayoritaria, los funcionarios públicos y los particulares están obligados a comparecer ante las dos Cámaras y a suministrarles la información y las documentaciones que se les requiera. La ley establecerá las sanciones por el incumplimiento de esta obligación. El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo y los magistrados judiciales, en materia jurisdiccional, no podrán ser investigados. La actividad de las comisiones investigadoras no afectará las atribuciones privativas del Poder Judicial, ni lesionará los derechos y garantías consagrados por esta Constitución; sus conclusiones no serán vinculantes para los tribunales ni menoscabarán las resoluciones judiciales, sin perjuicio del resultado de la investigación, que podrá ser comunicado a la justicia ordinaria. Los jueces ordenarán, conforme a derecho, las diligencias y pruebas que se les requieran a los efectos de la investigación.

La ley que reglamenta éste artículo, prescribe, entre otros: La Comisión podrá resolver citar a la personas indicadas en el segundo párrafo del Artículo 195 de la Constitución Nacional para que suministren las informaciones que se les requiera sobre los puntos atinentes a las cuestiones que se tengan en estudio, que sean de interés público o sobre la conducta de Senadores o Diputados. Si la persona citada no compareciese no ofreciese causa justificada de su inasistencia, se hará pasible, de pagar una multa de treinta a cien jornales mínimos diarios para actividades diversas no especificadas en la capital, o de sufrir un arresto domiciliario de seis a quince días, sin perjuicio de la facultad de la Comisión de hacerlo comparecer con el auxilio de la fuerza pública. Si la persona citada compareciese pero no prestase declaración sin excusarse en lo que dispone el Artículo 18 de la Constitución Nacional, también se hará pasible de las sanciones mencionadas, sin perjuicio de las disposiciones penales que correspondan. A los efectos de la aplicación de las sanciones, la Comisión informará de los antecedentes al Juez de Primera Instancia en lo Criminal de Turno, quien deberá pronunciarse dentro del término perentorio de tres días. El importe percibido de multa será remitida a la Dirección del Tesoro del Ministerio de Hacienda para su ingreso a Rentas Generales de la Nación.

Las Comisiones Conjuntas de Investigación podrán exigir a las personas mencionadas en el Artículo 195 de la Constitución Nacional, a los efectos previstos en él, que le suministren la documentación pertinente o copias fotostáticas de las mismas que fuesen indispensables para el esclarecimiento de los casos en estudio. Si el obligado considerase impertinente el examen o la entrega de la documentación solicitada, o de parte de ella y la

Comisión, por mayoría absoluta, se ratificase en su exigencia, la cuestión será derivada al Juez competente de Primera Instancia de la Jurisdicción y Circunscripción Judicial que corresponda para que se resuelva en definitiva. La resolución del Juez deberá dictarse dentro del término perentorio de cinco días hábiles, con previa audiencia de las partes y su fallo será irrecurrible. Las Comisiones, sean de carácter permanente o transitorio elevarán a cada una de las Cámaras del Congreso informes sobre sus actividades que incluirá el estado en que se encuentren las investigaciones de cada caso.

Del Juicio Político. 225 - Del procedimiento

El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en su caso, declararlos culpables, al solo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.

También podemos agregar la fiscalización de la Declaración, vigencia y actuación del PE en el estado de Excepción.

2.- El Control Jurisdiccional.

La organización del poder judicial es distinta y totalmente diferente, existe el principio de independencia e imparcialidad de los Señores Jueces y tribunales. La Corte Suprema de Justicia, con la potestad disciplinaria y aún con la Facultad de superintendencia de los Tribunales, que conforman su control interno, no puede ordenar a una juez ni a ningún magistrado de la Administración de Justicia a disponer o a dictar un acto o resolución judicial en tal o cual sentido. La CSJ además de su potestad de juzgar, tiene potestades de orden disciplinario, al ejercer la Superintendencia de todos los organismos del Poder Judicial, potestades que consisten en velar por el cumplimiento de los deberes establecidos para los funcionarios, jueces y magistrados. Asimismo, entiende por vía de apelación y nulidad de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales de apelación que modifiquen o revoquen las de 1ª instancia, las S.D dictadas por el Tribunal Superior Electoral y el Tribunal de Cuentas, conforme a las leyes respectivas.

Igualmente, la Constitución establece: **253 - Del enjuiciamiento y de la remoción de los magistrados:** Los magistrados judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos, o por mal desempeño de sus funciones definido en la ley, por decisión de un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Este estará integrado por dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos senadores y dos diputados;; éstos cuatro últimos deberán ser abogados. La ley regulará el funcionamiento del Jurado de enjuiciamiento de magistrados.

De la Corte Suprema de Justicia. 259 - De los deberes y de las atribuciones

Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

- 1) ejercer la **superintendencia** de todos los organismos del Poder Judicial y decidir, en instancia única, los conflictos de jurisdicción y de competencia, conforme con la ley;
- 2) dictar su propio **reglamento interno**. Presentar anualmente, una memoria sobre las gestiones realizadas, el estado, y las necesidades de la justicia nacional a los Poderes Ejecutivo y Legislativo
- 3) conocer y resolver en los **recursos ordinarios** que la ley determine;
- 4) conocer y resolver, en instancia original, los **Hábeas corpus**, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales;
- 5) conocer y resolver sobre **inconstitucionalidad**;
- 6) conocer y resolver en el **recurso de casación**, en la forma y medida que establezca la ley;
- 7) **suspender** preventivamente por sí o a pedido del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por mayoría absoluta de votos de sus miembros, en el ejercicio de sus funciones, a magistrados judiciales enjuiciados, hasta tanto se dicte resolución definitiva en el caso;
- 8) **supervisar** los institutos de detención y reclusión, y
- 9) entender en las **contendidas de competencia** entre el Poder Ejecutivo y los gobiernos departamentales y entre éstos y los municipios, y
- 10) los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución y las leyes.

260 - De los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional

Son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional: 1)conocer y resolver sobre la **inconstitucionalidad de las leyes** y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y

2) decidir sobre la **inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias**, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a esta Constitución.

El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.

261 - De la remoción y cesación de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia

Los ministros de la Corte Suprema de Justicia sólo podrán ser removidos por **juicio político**. Cesarán en el cargo cumplido la edad de setenta y cinco años.

3.- El control Administrativo.

La ley 1535/00 de Administración Financiera del Estado prescribe en forma clara y terminante en el Título VII el sistema de control y evaluación, estructurándolo de la siguiente manera:

El **sistema de control de la administración Financiera del Estado** será externo e interno, y estará a cargo de la Contraloría General de la República, de la Auditoría General del Poder Ejecutivo y de las Auditorías internas institucionales. (59)

Sobre el **control interno** prescribe: el control interno estará conformado por los instrumentos, mecanismos y técnicas de control, que serán establecidos en la reglamentación pertinente. El control interno comprende el control previo a cargo de los responsables de la administración y el control posterior a cargo de la Auditoría interna institucional y de la Auditoría General del Poder Ejecutivo. (60). Establece que al auditorías internas institucionales son órganos especializados de control a establecerse en cada organismo y entidad del Estado, a fin de ejercer un control deliberado de los actos administrativos del organismo respectivo, dependiendo de la autoridad principal del organismo o entidad. Su tarea principal consistirá en ejercer control sobre la operaciones en ejecución, verificando las obligaciones y el pago de las mismas con el correspondiente cumplimiento de la entrega a satisfacción de bienes, obras, trabajos y servicios, en las condiciones de tiempo y calidad contratados.(61). Sobre la Auditoría General del P.E. prescribe que dependerá de la Presidencia de la República y que como órgano de control interno realizará auditorías de los organismos y entidades dependientes de dicho poder, teniendo a su cargo reglamentar y supervisar el funcionamiento de las auditorías internas institucionales. (62).

Sobre el **control externo**, prescribe que será realizado mediante las acciones que al efecto se ejerzan con posterioridad a la ejecución de las operaciones de las entidades y organismos del Estado y estará a cargo de la Contraloría General de la República. (63). Y, sin perjuicio de lo anterior y con la autorización del PE. los organismos y entidades del Estado podrán contratar auditorías externas e independientes, en cumplimiento de lo preceptuado por sus cartas orgánicas y en cláusulas contractuales de convenios internacionales.

4.- Insuficiencia de los mecanismos tradicionales de control.

Los controles tradicionales de la Administración han resultado insuficientes para proteger al individuo y a la sociedad contra los abusos y las arbitrariedades del poder. Por éstas razones es por lo que se hace cada vez más necesaria la actuación del Defensor del Pueblo, porque se requiere un verdadero y real control de la administración. El control político o legislativo, por su naturaleza no alcanza a satisfacer los reclamos del pueblo en forma inmediata. Su misión se centra en la política general del Estado, no en la fiscalización de la actuación incorrecta o arbitraria, diaria y cotidiana de los servicios públicos, que se manifiestan como falta de atención al usuario, servicio deficiente, administración prepotente y descortés y el control jurisdiccional al que puede recurrir el particular en defensa de sus derechos, ante lo contencioso-administrativo ejercido por el tribunal de cuentas, es lento y engorroso. Las entidades públicas reguladoras del Estado paraguayo están como ausentes, no ejercen el debido control sobre las concesiones, y el usuario desprotegido, queda abandonado ante las disfunciones administrativas y arbitrariedades de las administraciones estatales y privadas.

5.- El ombudsman o Defensor del Pueblo. Antecedentes históricos. Naturaleza de la función.

La Defensoría del Pueblo es un órgano estatal extrapoderes surge como órgano con rango constitucional creado en nuestro país por la Constitución de 1992 y cuyo funcionamiento fue reglamentado por ley 631/95. Antes no fue contemplado en ninguno de los regímenes constitucionales ni en cartas políticas ni fue creado a nivel de ley. Es una institución jurídico-política de origen escandinavo.

Antecedentes: nace como institución jurídica con la Constitución Sueca de 1809, aunque ciertos magistrados anteriores tenían algunas funciones semejantes. En Grecia se les conocía como Euthynoi, en Esparta como Efloren. En Roma, su antecesor fue el Defensor Civitatis y desde 368 el Defensor Plebis estatuido por el Emperador Valentiniano, que ejercía la defensa del pueblo y la tutoría de los menores desamparados. En España el Justicia Mayor de Aragón y ulteriormente los reyes católicos crearon la figura de los Procuradores del Común. Es una figura que se ha institucionalizado en más de 60 países. Se le llama ombudsman en Suecia y países escandinavos; Defensor del Pueblo en España y América Latina, Comisionado Parlamentaria en el reino Unido e Irlanda; mediador en Francia, Proveedor de Justicia en Portugal, Defensor Cívico en Italia, etc. la figura es un signo de identidad democrática y su actuación sólo es posible en los países en los que impera la democracia y el principio de legalidad, que propugnan como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad y el pluralismo político. Sobre la naturaleza de la función podemos decir que, Es una institución de carácter constitucional y su funcionamiento está reglado por la ley 631/95 que expresa: **Naturaleza jurídica:** El Defensor del Pueblo es un **comisionado parlamentario** que goza de autonomía para el cumplimiento de sus atribuciones establecidas en la Constitución y en esta Ley. Su función clásica, primordial, básica y auténtica es el control de la actividad de la administración. **Funciones:** Son la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios.

6.- Comisionado Parlamentario. Deberes y atribuciones.

Según nuestra constitución prescribe: **276 - Del Defensor del Pueblo:** El Defensor del Pueblo será un comisionado parlamentario, cuyas funciones serán la defensa de los derechos humanos, la canalización de reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva. La ley reglamentaria también prescribe El Defensor del Pueblo es un comisionado parlamentario que goza de autonomía para el cumplimiento de sus atribuciones establecidas en la Constitución y en esta Ley. No es un defensor judicial ni tampoco está creado para supervisar la actividad del Parlamento, sino supervisar la actividad de la administración, dando cuenta alas cámaras del congreso. 3º.- Prohibiciones: El Defensor del Pueblo en ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva para dictar, modificar o anular resoluciones de la administración pública, ni ejercer funciones de competencia propia de la Justicia Electoral.

279 - De los deberes y de las atribuciones.

Según la Constitución, son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo:

- 1) recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establecen esta Constitución y la ley;
- 2) requerir de las autoridades, en sus diversos niveles, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna. Podrá acceder a los sitios donde se denuncie la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio;
- 3) emitir censura pública por actos o por comportamientos contrarios a los derechos humanos;
- 4) informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso;
- 5) elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que, a su juicio, requieran pronta atención pública, y
- 6) los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

Según la ley reglamentaria Son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo:

- 1) recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos por violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales y en las leyes, aún cuando tales violaciones sean cometidas por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales ;
- 2) requerir de las autoridades, en sus diversos niveles, incluyendo las de los órganos judiciales, Ministerio Público, policiales y los de seguridad en general, información para el ejercicio de sus funciones sin que pueda oponérsele reserva alguna. Podrá acceder a los locales en los cuales estime conveniente hacerlo o donde se denuncie la comisión de tales hechos. Si fuere necesario, recabará del Juez competente la orden de allanamiento y registro de domicilio correspondiente, pudiendo utilizar el auxilio de la fuerza pública ;
- 3) emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos ;
- 4) informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso ;
- 5) elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos, que a su juicio requieran pronta atención pública ;
- 6) denunciar ante el Ministerio Público las violaciones de derechos humanos cometidas por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales, así como las de personas particulares ;
- 7) interponer Hábeas Corpus y solicitar amparo, sin perjuicio del derecho que le asiste a los particulares ;
- 8) actuar de oficio o a petición de parte para la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios ;
- 9) promover las acciones tendientes a la protección de los intereses difusos ;
- 10) ejecutar proyectos y programas para divulgar y promover el conocimiento y la práctica de los derechos humanos y sus mecanismos de protección, por sí o con la participación de otras organizaciones gubernamentales o no gubernamentales ;
- 11) sugerir la modificación de normas o procedimientos implementados en los órganos del Estado o de las conductas de sus funcionarios, cuando éstas violaren los derechos de las personas. Podrá también hacerlo con el propósito de mejorar los servicios de la administración y el funcionamiento de los órganos del Estado.
- 12) elaborar los siguientes informes:
 - a) informe anual en él se dará cuenta del número y tipo de las denuncias recibidas, las que hubieran sido rechazadas y sus causas, las investigadas y el resultado de las mismas, los nombres de las autoridades o funcionarios que no hubieran justificado adecuadamente los comportamientos que le fueran cuestionados o que hubieran obstaculizado la actuación de la Defensoría del Pueblo. Este informe se presentará a las Cámaras del Congreso al inicio de cada período anual de sesiones ;
 - b) informe especial a cualquiera de las Cámaras del Congreso, cuando lo considere necesario o fuere requerido, atendiendo a la gravedad y la urgencia del caso ;
 - c) informe individual presentado a los recurrentes, a fin de comunicar el resultado de la actuación solicitada ; y
 - d) informe de divulgación sobre la situación de los derechos humanos.
- 13) nombrar y remover al personal a su cargo, de conformidad con el Reglamento Interno, dentro de los límites presupuestarios.

7.- El ombudsman y los DD.HH.

su misión es la defensa de los DD.HH., la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios. Es ésta tarea y en éste carácter puede iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos de autoridad ante el ejercicio ilegítimo, abusivo, defectuoso, irregular, arbitrario, discriminatorio, negligente, inconveniente o inoportuno de sus funciones, que violen los DD.HH.

8.- Autonomía. Nombramiento. Remoción. Requisitos incompatibilidades. Inmunidades.

Dice la Constitución: 277 - De la autonomía, del nombramiento y de la remoción: El Defensor del Pueblo gozará de autonomía e inamovilidad. Será nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por el Senado, y durará cinco años en sus funciones, coincidentes con el período del Congreso. Podrá ser reelecto. Además, podrá ser removido por mal desempeño de sus funciones, con el procedimiento del juicio político establecido en esta Constitución.

Prescribe la ley reglamentaria: 4º.- Nombramiento, duración y reelección.

El Defensor del Pueblo es nombrado por mayoría de dos tercios de la Cámara de Diputados, de una terna propuesta por la Cámara de Senadores. Dura cinco años en sus funciones, coincidente con el período del Congreso y podrá ser reelecto. La Cámara de Senadores deberá proponer la terna respectiva dentro de los

cuarenta y cinco primeros días del inicio del período legislativo constitucional. Presentada la misma, la Cámara de Diputados nombrará a uno de los propuestos en un plazo similar.

5º.- Inamovilidad y causas de terminación de funciones.

El Defensor del Pueblo goza de inamovilidad. Sólo cesa en su funciones por las siguientes causas:

- 1) renuncia, presentada ante la Cámara de Diputados;
- 2) expiración de mandato;
- 3) muerte o incapacidad de hecho sobreviniente declarada por la Corte Suprema de Justicia;
- 4) haber cumplido la edad de 75 años; y
- 5) juicio político en los términos establecidos por la Constitución.

6º.- Sustitución.

En caso de ausencia temporal o vacancia definitiva del Defensor, lo sustituirá el Defensor del Pueblo Adjunto con las mismas prerrogativas, y siendo definitiva la vacancia hasta completar el período del sustituido.

7º.- Requisitos.

Para ser elegido Defensor del Pueblo se requiere la nacionalidad paraguaya, ser mayor de veinticinco años de edad y estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos.

278 - de las incompatibilidades y de las inmunidades

El Defensor del Pueblo deberá reunir los mismos requisitos exigidos para los diputados, y tendrá las mismas incompatibilidades e inmunidades que las de los magistrados judiciales. Durante su mandato, no podrá formar parte de ningún poder del Estado ni ejercerá actividad político partidaria alguna.

Incompatibilidades: Los magistrados no podrán ejercer, mientras duren en sus funciones, otro cargo público o privado, remunerado o no, salvo la docencia o la investigación científica, a tiempo parcial. Tampoco podrán ejercer el comercio, la industria o actividad profesional o política alguna, ni desempeñar cargos en organismos oficiales o privados, o en partidos, asociaciones o movimientos políticos.

Inmunidades: Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. No podrá ser detenido o arrestado sino en caso de flagrante delito que merezca pena corporal. Si así ocurriese la autoridad interviniente debe ponerlo bajo custodia en su residencia, comunicar de inmediato el hecho a la Corte Suprema de Justicia y remitir los antecedentes al juez competente.

9.- El Procedimiento. Iniciación y contenido de la investigación. Tramitación de las quejas. Resoluciones y recomendaciones.

Podrá solicitar la intervención del Defensor del Pueblo, toda persona sin restricción alguna y sin necesidad de agotar instancias previas. La actividad de la Defensoría del Pueblo no se interrumpirá durante el receso del Congreso o durante el estado de excepción. Las acusaciones en la Defensoría del Pueblo serán gratuitas. A los efectos de esta Ley, el Defensor del Pueblo se entenderá "o la Defensora", en su caso. Está previsto en la ley reglamentaria, que prescribe lo siguiente: **Iniciación y contenido de la investigación:** El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos de autoridad que violen los derechos humanos. **Artículo 15.- Quejas contra la administración de justicia:** Cuando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la administración de justicia, podrá dirigirlas a la Corte Suprema de Justicia, al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o al Ministerio Público, según sea la naturaleza de la reclamación, para que estos organismos tomen intervención de acuerdo al ámbito de competencia respectiva, sin perjuicio de las demás acciones que le faculta esta Ley. **16.- Presentación de quejas:** Toda queja deberá ser presentada por el interesado en papel común y sin necesidad de patrocinio de letrado u otra formalidad. Ella deberá contener la indicación de su nombre y apellido, domicilio, número de Cédula de Identidad y la exposición de los hechos y la petición del recurrente. La queja puede formularse también en forma oral ante los funcionarios habilitados por la Defensoría del Pueblo, debiendo asentarse la denuncia por escrito y otorgarse certificado de su presentación. Las quejas deberán llevar la firma o impresión digital de quienes las presenten.

18º.- Admisión o rechazo inicial de las quejas: Presentada una queja ante la Defensoría del pueblo, ella deberá ser admitida o rechazada en un plazo máximo de treinta días. El rechazo deberá hacerse por resolución fundada. El Defensor del Pueblo puede rechazar las quejas cuando fueren anónimas o cuando advierta mala fe, carencia de fundamentos o inexistencias de pretensión. Sus decisiones son irrecurribles. **19.- Investigación de la queja:** Admitida la queja, el Defensor del Pueblo promoverá la inmediata investigación para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, la iniciación de las acciones encaminadas a la reparación del derecho lesionado. **20.- Negativa o negligencia en el envío de informe:** La negativa o negligencia del responsable del informe solicitado por la Defensoría del Pueblo, será considerada como obstrucción a las funciones de la misma, pudiendo remitir los antecedentes al Ministerio Público para la promoción de la acción judicial correspondiente. **21.- Obligación de colaboración:** Las reparticiones de la administración pública están obligadas a colaborar con la Defensoría del Pueblo en sus investigaciones. La obstrucción interpuesta a una investigación realizada por la Defensoría del Pueblo será considerada como desacato y conllevará la sanción prevista en la legislación penal.

22.- Investigación a funcionarios en relación a sus funciones : Cuando la denuncia, queja o reclamo versare sobre la conducta de un funcionario público en el ejercicio de su cargo, la Defensoría del Pueblo notificará de la misma al afectado y a los responsables del organismo del cual dependa. **23.- Obligación de comparecer y suministrar documentación:** La Defensoría del Pueblo podrá citar a los funcionarios y demás personas involucradas en un hecho investigado, a los efectos de suministrar la documentación y la información pertinente. **24.- Obligación de responder a requisitoria:** Los responsables del organismo afectado no podrán prohibir al funcionario a sus órdenes o servicio, responder a la requisitoria de la Defensoría del Pueblo o a entrevistarse con sus defensores, so pena de la responsabilidad establecida en esta Ley. **25.- Notificación:** Cuando a la Defensoría del Pueblo se le negase acceso a un documento clasificado como secreto, confidencial o reservado, lo pondrá a conocimiento a una de las Cámaras del Congreso para que adopte las medidas del caso. **26.- Informe al Legislador o a Comisión Legislativa:** Cuando la intervención del Defensor del Pueblo se hubiese iniciado a pedido de un Senador o Diputado o a pedido de alguna Comisión Legislativa, éstos serán

informados al término de las investigaciones de los resultados alcanzados. **27.- Plazo para el pronunciamiento definitivo:** El Defensor del Pueblo tendrá, a partir de la admisión inicial de la denuncia, queja o reclamo, un plazo de ciento veinte días para un pronunciamiento definitivo.

10.- El Defensor Vecinal de la Ciudad de Asunción.

Poco antes de la sanción de la Constitución de 1992 la Municipalidad de Asunción creó la figura del Defensor Vecinal por Ordenanza Municipal N° 65 del año 1991; con la atribución, entre otras, de: controlar la legalidad, oportunidad y pertinencia de los actos de la administración municipal, de ejercer al defensa de los derechos e intereses de los vecinos de la capital y de realizar investigaciones sobre los bienes, ingresos y egresos de la institución municipal. Desde la vigencia de la Constitución del 92 esa defensoría parece no ajustarse a sus prescripciones, toda vez que el artículo 280 dispone que la ley es la que regula el nombramiento de defensores departamentales y municipales y, en el caso, se la creó por ordenanza municipal y no por ley.

11.- La Contraloría General de la República. Rol. Composición y duración.

Es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos/gobernaciones y de las Municipalidades. Ejerce un control a posteriori del uso y destino del dinero público, de la ejecución y liquidación del Presupuesto general de la Nación, así como del examen de sus cuentas, fondos e inventarios.

Prescribe la Constitución: **281 - De la naturaleza, de la composición y de la duración.**

La Contraloría General de la República es el órgano de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades, en la forma determinada por esta Constitución y por la ley. Gozará de autonomía funcional y administrativa. Se compone de un Contralor y de un Subcontralor, quienes deberán ser de nacionalidad paraguaya, de treinta años cumplidos, graduados en Derecho o en Ciencias Económicas, Administrativas o Contables. Cada uno de ellos será designado por la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta, de sendas ternas de candidatos propuestos por la Cámara de Senadores, con idéntica mayoría. Durarán cinco años en sus funciones, los cuales no serán coincidentes con los del mandato presidencial. Podrán ser confirmados en el cargo sólo por un periodo más, con sujeción a los mismos trámites. Durante tal lapso gozarán de inamovilidad, no pudiendo ser removidos sino por la comisión de delitos o por mal desempeño de sus funciones.

282 - Del informe y del dictamen

El Presidente de la República, en su carácter de titular de la administración del Estado, enviará a la Contraloría la liquidación del presupuesto del año anterior, dentro de los cuatro meses del siguiente. En los cuatro meses posteriores, la Contraloría deberá elevar informe y dictamen al Congreso, para que los consideren cada una de las Cámaras.

12.- Deberes y atribuciones:

Prescribe la Carta Magna: 283 - De los deberes y de las atribuciones. Son deberes y atribuciones del Contralor General de la República:

- 1)el control, la vigilancia y la fiscalización de los bienes públicos y del patrimonio del Estado, los de las entidades regionales o departamentales, los de las municipalidades, los del Banco Central y los de los demás bancos del Estado o mixtos, los de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, así como los de las empresas del Estado o mixtas;
- 2)el control de la ejecución y de la liquidación del Presupuesto General de la Nación;
- 3)el control de la ejecución y de la liquidación de los presupuestos de todas las reparticiones mencionadas en el inciso 1), como asimismo el examen de sus cuentas, fondos e inventarios;
- 4)la fiscalización de las cuentas nacionales de las empresas o entidades multinacionales, de cuyo capital participe el Estado en forma directa o indirecta, en los términos de los respectivos tratados;
- 5)el requerimiento de informes sobre la gestión fiscal y patrimonial a toda persona o entidad pública, mixta o privada que administre fondos, servicios públicos o bienes del Estado, a las entidades regionales o departamentales y a los municipios, todas las cuales deben poner a su disposición la documentación y los comprobantes requeridos para el mejor cumplimiento de sus funciones;
- 6)la recepción de las declaraciones juradas de bienes de los funcionarios públicos, así como la formación de un registro de las mismas, y la producción de dictámenes sobre la correspondencia entre tales declaraciones, prestadas al asumir los respectivos cargos, y las que los aludidos funcionarios formulen al cesar en ellos;
- 7)la denuncia a la justicia ordinaria y al Poder Ejecutivo de todo delito del cual tenga conocimiento en razón de sus funciones específicas, siendo solidariamente responsable, por omisión o desviación, con los órganos sometidos a su control, cuando éstos actuasen con deficiencia o negligencia, y
- 8)los demás deberes y atribuciones que fijen esta Constitución y las leyes.

13.- Control sobre la gestión Fiscal y Patrimonial del Estado. Bienes públicos. ejecución y liquidación del presupuesto Nacional.

Establece la ley 276/94, reglamentaria de la Contraloría: **1º.-** La Contraloría General de la República es el organismo de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los Departamentos y de las Municipalidades, en la forma determinada por la Constitución Nacional y por esta Ley. Goza de autonomía funcional y administrativa. **2º.-** La Contraloría General, dentro del marco determinado por los Artículos 281 y 283 de la Constitución Nacional, tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas jurídicas relativas a la administración financiera del Estado y proteger el patrimonio público, estableciendo las normas, los procedimientos requeridos y realizando periódicas auditorías financieras, administrativas y operativas ; controlando la normal y legal percepción de los recursos y los gastos e inversiones de los fondos del sector público, multinacional, nacional, departamental o municipal sin excepción, o de los organismos en que el Estado sea parte o tenga interés patrimonial a tenor del detalle desarrollado en el Artículo 9o. de la presente Ley ; y aconsejar, en general, las normas de control interno para las entidades sujetas a su supervisión. **15º.-** La Contraloría General procederá al examen e inspección de los libros, registros y documentos relativos a la Contabilidad del Estado, las Entidades Regionales o Departamentales, las Municipalidades, los del Banco

Central y los demás Bancos del Estado o Mixtos, los de las entidades autónomas, autárquicas o descentralizadas, los de las Empresas del Estado o mixtas, así como los de las Empresas o Entidades Multinacionales y todas las demás empresas de cuyo capital participe el Estado en forma directa o indirecta, en los términos de sus respectivas Cartas Orgánicas.

Sobre el control de la gestión Fiscal, la ley 109 /90 que "**Que establece las Funciones y Estructura Orgánica del Ministerio de Hacienda**", prescribe: **1º**. El Ministerio de Hacienda tendrá, las siguientes funciones y competencias, que serán ejercidas por medio de la Estructura Orgánica prevista en la presente disposición Legal:

a) **la administración del patrimonio del Estado** y la verificación del uso y conservación de los bienes públicos. El patrimonio de los entes autárquicos será administrado por sus autoridades, conforme a lo dispuesto en sus respectivas Cartas Orgánicas; b) **la administración del proceso presupuestario** del Sector Público que incluye las fases de programación, formulación, ejecución, control y evaluación, así como el perfeccionamiento de su técnica. c) la aplicación y la administración de todas las disposiciones legales referentes a los tributos fiscales, su percepción y su fiscalización. La Subsecretaría de Estado de Tributación tendrá a su cargo, en lo que concierne al Ministerio de Hacienda, la aplicación y administración de todas las disposiciones legales referentes a tributos fiscales, su percepción y fiscalización. La Dirección General de Recaudación tendrá a su cargo el desarrollo de todas las actividades relacionadas con la recepción de las declaraciones tributarias, la liquidación y el cobro de los tributos fiscales, así como el registro y control de lo recaudado por los conceptos señalados. La Dirección General de Fiscalización Tributaria tendrá a su cargo controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias que afectan a los contribuyentes y responsables, de conformidad con las disposiciones legales cuya administración compete a las reparticiones señaladas, aplicables a la tributación interna y aduanera.

Sobre la **ejecución y liquidación del Presupuesto Nacional**, la ley 1535/99 de administración financiera del Estado prescribe que la Contraloría General de la República tendrá a su cargo el estudio de la rendición y el examen de las cuentas de los organismos y entidades del Estado, sujetos a ella, a los efectos del control de la ejecución del presupuesto, la administración de los fondos y el movimiento de bienes (65). También regula sobre los informes mensuales y anuales que durante el transcurso del ejercicio fiscal los organismos y entidades del Estado deberán presentar al Ministerio de Hacienda, dentro de los 15 primeros días de cada mes, con la información presupuestaria, financiera y patrimonial correspondiente al mes anterior, para el análisis y consolidación de estados e informes financieros. El incumplimiento determinará la aplicación de sanciones al funcionario responsable (66). Sobre el informe anual al PE y al Congreso, dice que el Ministerio de Hacienda pondrá a su disposición, a más tardar el 31 de marzo, el informe que contendrá en conjunto de los estados contables que presentará la posición financiera, económica, presupuestaria y patrimonial consolidada de los organismos y entidades del Estado referente al ejercicio fiscal cerrado y liquidado, con el estado comparativo de lo presupuestado y lo ejecutado (67). Sobre el informe anual del Presidente de la República, dice que antes que culmine abril de cada año el Presidente, basado en el informe anterior, remitirá a la Contraloría un informe anual referente a la liquidación del presupuesto del año anterior (68). Dentro de los 4 meses de la presentación del anterior informe, la contraloría pondrá a consideración del Congreso un informe y dictamen del mismo (69). Y por último, que a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 282 de la Constitución, las cámaras del congreso conformarán una comisión bicameral integrada por 5 senadores y 8 diputados, que tendrá un plazo máximo e improrrogable de 30 días para expedirse sobre el informe presentado por el Presidente. Cada cámara tendrá un plazo de 30 días para aprobar o rechazar dicho informe. Bueno, basta!.

14.- La Procuraduría General de la República.

244 - De la composición: La Procuraduría General de la República estará a cargo de un Procurador General y de los demás funcionarios que determine la ley. **245 - De los requisitos y del nombramiento:** El Procurador General de la República deberá reunir los mismos requisitos exigidos para ser Fiscal General del Estado. Es nombrado y removido por el Presidente de la República. Las incompatibilidades serán establecidas en la ley.

246 - De los deberes y atribuciones: Son deberes y atribuciones del Procurador General de la República:

- 1)representar y defender, judicial o extrajudicialmente, los intereses patrimoniales de la República;;
- 2)dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes;
- 3)asesorar jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine la ley, y
- 4)los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

LECCION XX

Protección Jurídica

Acción Contencioso-administrativo Art. 237, Ley 125/91

- I. Jurisdicción: Tribunal de Cuentas, 1ª Sala, Art. 265 de la C.N.
- II. Materia:
 - a) Que cause estado y no haya por consiguiente otro recurso en sede administrativa; Art.3,Ley 1462.
 - b) Que la resolución de la Administración proceda del uso de sus facultades regladas.
 - c) Que no exista otro juicio pendiente sobre el mismo asunto
 - d) Que la Resolución vulnere un derecho administrativo, preestablecido a favor del contribuyente.
 - e) Que se halle abonada la cuantía del impuesto. "Solve et Repete". Derogado por la Ley 125/91. (Art. 254)
- III. Procedimiento: Art. 5. En la sustanciación del procedimiento regirán las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles.
Plazo: artículo 237 de la Ley 125/91. La demanda deberá interponerse por el agraviado en el término perentorio e improrrogable de 15 días contados desde la notificación de la resolución expresa o ficta.
- IV. Apelación: Ante la Corte Suprema de Justicia por asuntos de mayor cuantía.
- V. Sentencia: dentro de 30 días de ejecutoriada la providencia de autos.

1- Medios adecuados de protección jurídica.

- Existe un control jerárquico de los órganos en la Administración central .

- " *El Gobierno es ejercido por los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control...*" (Art. 3 C.N.)

- Este auto-control de la administración se refuerza con los recursos destinados a proteger los derechos de los particulares, los cuales al ejercerlos en su propio interés abogan por la legalidad de la Administración.

2- Recursos puramente administrativos.

- Son aquellos que se interponen, se sustancian y se resuelven dentro de la misma Administración.

- Estos recursos son los de reconsideración y jerárquico. Ambos recursos consisten en la reglamentación de los derechos constitucionales de petionar a las autoridades (Art. 40 C.N.) y de la inviolabilidad de la defensa (Art.16 C.N.), así como el Art. 45 C.N. en la parte que expresa " La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía " .

3- Obligación de pronunciamiento de la autoridad.

- Aunque no haya prescripción legal expresa , la autoridad está obligada a pronunciarse en general sobre las peticiones que formulen los particulares y especialmente sobre los recursos interpuestos por los mismos, que son también en puridad "peticiones" contempladas en la Constitución.

- Cobra gran interés el expediente de tener por resolución *ficta* la falta de pronunciamiento dentro de determinado término, a los efectos de la interposición del recurso contencioso-administrativo.

4- Recurso de reconsideración.

- Llamado también de reposición o de revocación, se interpone ante la misma autoridad que dictó la resolución. Se funda, a falta de texto legal expreso, en los preceptos constitucionales arriba citados y en la facultad de la autoridad administrativa de revocar *por contrario imperio* la resolución dictada por la misma.

- Si la revocación va a tener efecto a favor del particular y la ley lo permite o se trata de corregir un defecto de nulidad o anulabilidad manifiesto, no hay ningún impedimento para que la autoridad haga lugar al recurso de reconsideración y revoque su propia resolución.

5- Recurso jerárquico.

- Llamado también de apelación o de alzada, se interpone ante la autoridad inmediata superior a la que dictó la resolución.

- En principio, puede ser interpuesto de escalón en escalón hasta llegar al poder central administrativo que es el P.E. y responde en este sentido a la tendencia natural del recurrente, por cierto fundada, de tener por más auténtica decisión del poder público la dada por el órgano más alto en jerarquía.

- No puede dar lugar en principio a la *reformatio in pejus*, debiendo limitarse el superior a acceder o denegar lo solicitado por el recurrente. Pero esta limitación no puede impedir que el superior aplique la ley como es debido, corrigiendo el acto del inferior en lo que sea necesario, con lo que el recurrente puede eventualmente resultar más perjudicado de lo que hubiera sido si no interpusiera el recurso.

6- Posibilidad de supresión o limitación de los recursos administrativos.

- La razón de ser de los recursos administrativos consiste en dar a los particulares la oportunidad de obtener con la mayor brevedad la satisfacción de sus derechos y a la administración la de enmendar sus propios errores. Pero si esos mismos recursos llegan a constituir una traba para acceder a los tribunales y un recargo inútil para la Administración, de tareas cuasi-judiciales que no le son propias, no hay ningún impedimento de orden constitucional para que la ley los suprima o los deje a opción de los particulares, manteniendo expedita la vía contencioso-administrativa.

7- Necesidad de reglamentación uniforme.

- De subsistir los recursos administrativos debieran ser reglamentados con la mayor uniformidad posible, especialmente en cuanto a los términos, aunque resulte el fijado como común un tanto exiguo para ciertos casos e innecesario prolongado para otros.

- Los términos, diversificados y multiplicados sin razón alguna, escapan no ya al conocimiento del común de los particulares sino de los expertos, y en vez de ser una garantía para el derecho de la defensa es un riesgo para perderlo.

8- Justicia administrativa.

- En la instancia administrativa faltan las condiciones o cualidades para una verdadera justicia; juez independiente, no sometido a instrucciones y órdenes de sus superiores, un procedimiento que haga posible la más amplia defensa, y las consecuencias de hacer cosa juzgada la resolución.

- Los recursos puramente administrativos no basta para la protección de los derechos de los particulares.

9- Diversos sistemas.

- Los diversos sistemas de justicia administrativa se define según sea el Poder estatal dentro del cual se halla organizada.

- a) Sistema Administrativista: el tribunal competente se halla organizado dentro de la misma administración. El Consejo de Estado de Francia es un ejemplo de este sistema llamado también "francés"
- b) Sistema Judicialista: en el que el tribunal para cuestiones contencioso-administrativas está integrado al poder Judicial.
- c) Sistema Mixto: el que resulta de la combinación de los dos precedentes, en varias formas. Es la adoptada por nuestro país. Con la creación del Tribunal de Cuentas dentro del Poder Judicial que entiende en materia contencioso-administrativo.

10- Reseña histórica de nuestro Derecho Positivo.

- 1813 > Reglamento de Gobierno : se estampa el principio "las causas contenciosas no deben ser el resorte del gobierno".

- 1842 > Estatuto Provisorio de Justicia : se reafirma el principio del reglamento anterior, pero se erige al Gobierno en "juez privativo" para ciertas causas.

- 1844 > Se asigna a los jueces y tribunales la facultad de aplicar las leyes, pero mantiene el privilegio el Presidente de la República como "juez privativo" de las causas reservadas en el Estatuto de la Administración de Justicia.

- 1870 > Constitución Nacional : Art. 114: " Sólo el Poder Judicial puede conocer y decidir en los actos de carácter contencioso, su potestad es exclusiva de ellos".

- 1876 > Ley de Enjuiciamiento : atribuye competencia al Superior Tribunal de Justicia para conocer en apelación de los recursos contra las resoluciones de las Municipalidades en asuntos de carácter contencioso-administrativo.

- 1909 > Ley Orgánica Administrativa : crea el Tribunal de Cuentas para el juzgamiento de todas las cuentas que están obligados a rendir los que manejan fondos públicos.

- 1918 > Ley Orgánica de los Tribunales : Art. 43: " El Superior Tribunal de Justicia conocerá originariamente, también en única instancia, de las lesiones de Derecho administrativo causada a los particulares por la administración nacional o municipal, u oficinas de su dependencia, cuando procedan en virtud de sus facultades regladas".

- 1926 > Ley de Organización Financiera : el Tribunal de Cuentas pasa a formar parte de la administración, al menos para asuntos fiscales.

- 1935 > Ley 1462 : establece el procedimiento en materia contencioso-administrativa.

- 1940 > Constitución Nacional : integra al Tribunal de Cuentas al Poder Judicial.

- 1967 > Constitución Nacional : mantiene el régimen precedente.

- 1981 > Código de Organización Judicial : Art. 2 y 30.

11- Materia contencioso-administrativa.

- Es determinante definir la materia contencioso-administrativo para atribuir la competencia .

- Es aquella referida a los conflictos, litigios o contiendas que surgen por virtud de la acción administrativa y que se suscitan entre la administración pública y los administrados o entre entidades administrativas.

12- Actos reglados y discrecionales.

- No existe diferencia radical entre actos reglados y discrecionales.

- Actos reglados: ofrecen algún margen de discrecionalidad por lo menos en la apreciación de los hechos.

- Actos discrecionales: No pueden ser de discrecionalidad ilimitada. Ahora, los mismos son reglados en cuanto a su limitación y la autoridad respectiva es factible de sanción por extralimitación de sus funciones.

13- Actos de gobierno.

- Es el acto administrativo dictado por los órganos supremos de cada uno de los tres Poderes, en virtud de facultades generalmente discrecionales concedidas les por la Constitución.

- Ejemplo : la declaración de Estado de Excepción por el P.E.

- Ellos escapan a la revisión judicial en cuanto son discrecionales, (pero pueden ser tales Miembros de esos Órganos objeto de Juicio Político.) pero no hay ningún fundamento constitucional o legal para no estar sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto sean reglados.

14- Actos administrativos de los Poderes Legislativo y Judicial.

- Los órganos de los Poderes legislativo y judicial realizan actos ejecutivos, es decir administrativos.

- Esto ocurre en su administración interna (nombramiento, superintendencia, etc.)en virtud de facultades que les otorga la Constitución en garantía de la independencia de dichos Poderes.

LECCION XXI

Procedimiento Contencioso-Administrativo

- El proceso administrativo comprende todos los conflictos jurídicos que se generan en el ejercicio de la relación administrativa y que integran la bilateralidad Administración - administrados.

- En este sentido, los conflictos jurídicos públicos constituyen la materia procesal administrativa, siempre que uno de los sujetos involucrados (actor o demandado) sea un sujeto público (estatal o no estatal).

- Es decir que en el proceso administrativo se produce una heterogeneidad formal en cuanto a las acciones que pueden articular los sujetos procesales, y sustancial, por el contenido que ellas canalizan. (Derecho Administrativo, Roberto Dromi, Pág. 1084)

1- Acción o recurso.

- Se trata de un recurso y una acción a la vez, de acuerdo a la Ley 1462/35. Es un recurso en cuanto se interpone contra una resolución preexistente y es una acción, porque se puede aducir, y el Tribunal tiene la más amplia potestad de revisar la legalidad de los actos administrativos impugnados.

2- Alcance del recurso.

- Como que el proceso es el de una demanda sin dejar de ser recurso, éste tiene o puede tener alcance múltiple.
- Puede ser de nulidad o de anulación si la resolución administrativa ha incurrido en alguna de estas causas.
- Puede ser de extralimitación o desviación de poder.
- Puede ser de apelación, por falta de mérito.
- Podría involucrar también el recurso de inconstitucionalidad.

3- Aplicación del procedimiento civil ordinario.

- Para la sustanciación del juicio se aplicarán las disposiciones del Código Procesal Civil, del C.O.J., y las leyes especiales que se dicten sobre la materia.

4- Rasgos especiales del procedimiento contencioso -administrativo.

- El procedimiento contencioso-administrativo sea al mismo tiempo **contradictorio e inquisitivo**, lo que explica que sea sustanciado entre partes y que el tribunal pueda disponer el practicamiento de pruebas no ofrecidas por ellas y aún resolver sobre posiciones no asumidas, cuando la aplicación así lo exige. El procedimiento debe ser en lo posible **elástico** para dar lugar a la más amplia defensa cuando sea necesario y ser abreviado cuando la urgencia del caso lo exija.

5- Legitimación del particular demandante.

- Para la legitimación debe existir la titularidad de un interés personal y directo y, más concretamente un acto administrativo individual referido a la persona del demandante o a un grupo determinado de personas.
- El particular que se vea afectado por una ley o reglamento no lo puede impugnar directamente sino que debe esperar que se le aplique mediante un acto administrativo individual o, si no desea permanecer en la incertidumbre, provocar su aplicación para recurrir contra la resolución respectiva.

6- Legitimación de la Administración.

- Legitimación activa: La ley 1462 prevé la posibilidad que la demanda contencioso-administrativa sea deducida por una autoridad administrativa, contra una resolución administrativa.

- Legitimación pasiva: La demanda se interpone con motivo de una resolución administrativa y bastaría en realidad impugnarla por las irregularidades de que adoleciese para que el tribunal la juzgue. Se interpone con motivo de la resolución de tal autoridad, no precisamente contra la autoridad.

7- Terceros con interés directo y coadyuvantes.

- El particular perjudicado o favorecido por la resolución administrativa, puede no ser el único interesado en su revocación o mantenimiento. Cabe distinguir dos situaciones diferentes:

a) Si la resolución decide sobre mejor derecho entre las pretensiones de dos o más particulares, éstos han actuado en igualdad de condiciones, como partes, desde la instancia administrativa y deben conservar esta calidad en el juicio contencioso administrativo, puesto que el interés del perjudicado por la resolución que le lleva a promover el juicio contencioso para revocarla, es de la misma índole, intensidad y valor del interés que tiene el favorecido por la misma resolución, para mantenerla. Debe ser citado al juicio, reconocérsele todos los derechos procesales en calidad de parte y su indefensión puede causar la nulidad del procedimiento, salvo la sanción de rebeldía por incomparecencia o falta de ejercicio de sus derechos.

b) En el caso de que el derecho del tercero haya sido constituido como accesorio y condicionado a la resolución administrativa, en el sentido de que subsistirá sólo mientras la Administración la mantenga firme según su propio criterio, el interés del tercero es indirecto y no puede ser contrario al de la Administración misma. Su intervención en el juicio contencioso es la de coadyuvante, de adhesión simple, que no puede actuar en juicio en oposición a la Administración, no se requiere que sea citado y su intervención en cualquier estado del juicio no retrotrae el procedimiento.

Sucede a veces que un acto administrativo reconoce derechos a un particular en detrimento de los pretendidos por otro. Es indudable que, en esos casos, los perjudicados por la resolución administrativa tienen interés jurídico en acudir ante el tribunal en lo procesal administrativo para demandar la anulación del acto que vulnera el derecho que pretenden. También tendrían interés los favorecidos por la resolución impugnada para sustentar su legitimidad; como lo sería el tercero a quién le fuera reconocido un derecho preferente al del impugnante del acto administrativo; o el concesionario, si se hubiese demandado la anulación del acto que acordó la concesión.

El interés público afectado por la actividad administrativa ha justificado la figura del coadyuvante, que no se identifica como una parte del juicio como ocurre con el tercerista. El coadyuvante interviene espontáneamente y no se obliga como parte, porque no tiene, a diferencia del tercerista, ninguna pretensión jurisdiccional. Es un interviniente que adhiere a favor de cualquiera de las partes procesales. Los antiguos Códigos establecen que éste sólo puede intervenir en el proceso para colaborar con la Administración Pública; los Códigos modernos determinan que pueden colaborar con cualquiera de las dos partes en el litigio. No es codemandado ni litisconsorte, pues no puede modificar las relaciones procesales creadas entre el recurrente y la Administración.

Se le acuerda el derecho de hacerse parte, como particular favorecido o afectado por el acto administrativo que se controvierte en la demanda; pero como esa intervención tiene el carácter de voluntaria, y no de parte obligada, a ello se debe que no haya sido impuesta su citación al juicio para que comparezca a contestar la demanda, y que su tardía comparecencia no tenga el efecto de retrotraer o interrumpir la marcha del juicio por lo cual se produciría para él la preclusión de los actos procesales cumplidos antes de su presentación.

Por otra parte, se atribuye al coadyuvante litisconsorcial el carácter de parte en el juicio, con la consiguiente personalidad para oponer excepción o defensas propias, en resguardo o ataque del acto administrativo impugnado según el caso. Por ello cabe diferenciar el coadyuvante adhesivo y el litisconsorcial. El coadyuvante adhesivo, por

actuar una pretensión accesoria, no puede hacer alegaciones distintas de las formuladas por la parte principal, y por lo tanto se comprende que la decisión, salvo en lo que se refiera a la imposición de las costas (fallo accesorio), no puede contener declaraciones para él distintas de las que se refieren al coadyuvado. No ocurre lo mismo con el coadyuvante litisconsorcial. Ciertamente que su pretensión, por el fin perseguido, es paralela a la actuada por la parte que coadyuva, pero por lo mismo que en el proceso ocupa una posición autónoma, en cuanto que realiza actos que considera convenientes; así también es posible que la sentencia contenga o pueda contener declaraciones distintas para uno y otro. La única limitación, a este respecto, la impone la identidad fundamental del objeto de las pretensiones de ambos, que es el mantenimiento o impugnación del acto administrativo controvertido.

La intervención del coadyuvante litisconsorcial no es de simple adhesión, sino que es activa, autorizándolos a oponer excepciones o defensas que hubiera omitido la parte demandada, si compareció en tiempo para poder hacerlo. (Derecho Administrativo, Roberto Dromi, Pág. 1097)

8- Iniciación del juicio.

- Presentada la demanda, antes de darle curso el Tribunal solicita de la autoridad administrativa la remisión de los antecedentes de la resolución impugnada por el demandante. Si la autoridad no los remite, pasado un tiempo prudencial, el tribunal reitera la solicitud, emplazándola para su remisión, con apercibimiento de que si no lo hace, se dará curso a la demanda sin tener a la vista los antecedentes.

- Con el expediente a la vista, el tribunal examina el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para la interposición de la demanda, a saber; la competencia del tribunal en razón de la materia, la legitimación del actor y el reconocimiento de su personería y el de sus apoderados, el término dentro del cual se interpone la demanda, previa interposición de los recursos administrativos y el pago del impuesto en su caso.

- *“Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine. Se reputará denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo”.* (C.N.art. 40)

- En cuanto al término de interponer la demanda:

* 5 días para interponer en lo contencioso administrativo

* Plazos distintos: 15 días - (Ley 125 / 91, Art. 237)

18 días - Banco Central del Paraguay

10 días - Ministerio de Hacienda

9- Recursos administrativos previos.

- El art. 3 inc. a) de la Ley 1462 / 35 exige que la resolución administrativa "cause estado y no haya consiguiente recurso administrativo contra ella".

- Exige que los recursos sea previamente interpuestos y resueltos en la instancia administrativa.

10- Exigencias del solve et repete.

- La mayoría de los autores estima de gran trascendencia la no urgencia del pago previo como requisito o presupuesto de la acción, por poner trabas al derecho a la defensa y también por velar el principio constitucional básico de la igualdad, al permitir la defensa al que tiene bienes suficientes para el pago previo del impuesto, y negársele al que no los tiene.

- La Ley 125 / 91 en su Art. 254, en su inc.1º, derogó el art. 3º inc. e). Que se refería al pago previo, para ejercer el derecho a la defensa ante la autoridad administrativa.

11- In dupio pro actione.

- En caso de duda prevalece la interpretación más favorable a la prosecución del procedimiento y no sea rechazada in limine la demanda a causa de defectos o detalles sin mayor relevancia jurídica.

- Todas las medidas no contrarias a la ley, que favorezcan la ventilación de la causa, darán satisfacción al interés tanto particular como público, y no la frustración de la justicia denegada por motivos intrascendentes.

12- Suspensión de la ejecución del acto.

- La interposición de recursos contra una resolución administrativa, tiene el efecto de suspender la ejecución de la misma, a excepción de aquellas referidas a seguridad, moralidad pública, higiene, orden público o servicios públicos, cuya interrupción sería una grave perturbación.

- El Tribunal puede disponer la suspensión de la ejecución del acto impugnado, cuando dicha ejecución no es urgente y por el contrario puede causar unos daños irreparables al actor y si éste solicita la suspensión.

13- Pruebas.

- De los rasgos especiales del juicio contencioso-administrativo, se derivan reglas especiales respecto al valor y practicamiento de las pruebas.

a) La carga de la prueba es compartida entre el actor y la administración. Incumbe a la Administración en cuanto a los fundamentos de su propia resolución y al actor en cuanto a las afirmaciones de su demanda.

b) El instrumento del acto administrativo no requiere ser argüido de falso para que sea destruido su valor probatorio, sino que basta que sea contestado en sus fundamentos por el actor para que la Administración se vea obligada a justificar su contenido.

c) La Administración debe suministrar las pruebas documentales a la parte contraria.

d) La prueba confesoria de la Administración es improcedente en el juicio contencioso- administrativo.

e) El tribunal puede disponer de oficio las pruebas que considere conducentes al esclarecimiento de la cuestión y la correcta aplicación de la ley en el caso sometido a su juzgamiento.

14- Perención de instancia.

- Por disposición del Art. 8 de la Ley 1462, derogado por Dto. Ley 9070 / 38 y puesto nuevamente en vigor por Ley Nº 398 / 56, perime la instancia contencioso-administrativa si no se hubiese efectuado ningún acto de procedimiento en el término de **3 meses**, cargándose las costas al actor.

- De acuerdo al principio in dubio pro actione, debe suspenderse el término cuando le es imposible al actor promover el procedimiento, como ocurre durante la feria judicial, lo que es admitido por el Tribunal, y debería serlo también cuando es inútil la diligencia del actor, como en el caso de que fuera necesaria la previa resolución de algún incidente por el Tribunal.

15- Disposiciones de la sentencia.

- Podría la sentencia limitarse a revocar la resolución administrativa por nulidad, anulabilidad, exceso o desviación de poder, disponiendo el reenvío de la causa a la autoridad administrativa para que ésta dicte la nueva resolución conforme a Derecho, pronunciamiento que sería propio del carácter de recurso y también más conforme con el principio de la separación de poderes, al reservar a la Administración el ejercicio de sus facultades.

- También además de declarar la ilegalidad del acto podría disponer en su lugar lo que sea justo como consecuencia directa de su pronunciamiento.

16- Reformatio in pejus.

- La sentencia no puede agravar lo dispuesto en la resolución administrativa contra el particular recurrente. Esto no obsta que, siendo inexcusable la aplicación de alguna disposición legal que ni la resolución administrativa recurrida, ni el recurrente ha tenido en cuenta, el Tribunal la aplique, resultando un mayor gravamen para el actor.

17- Condenación en costas.

- Las costas del juicio deben imponerse a la parte vencida en el mismo, pero el Tribunal puede eximirla de la imposición "exponiendo circunstanciadamente los fundamentos que tuviese". Fundado en esta autorización, nuestro Tribunal exime de costas a la Administración casi invariablemente.

18- Recurso de revisión y de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema.

- El fallo del Tribunal de Cuentas puede ser apelado ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- "La Corte Suprema de Justicia conocerá:

2- Entenderá por vía de apelación o nulidad:

a- De las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Cuentas..."

(C.O.J. art. 28) (C.N. art. 260)

19- Fuerza de cosa juzgada formal y material.

- La sentencia ejecutoriada tiene fuerza de **cosa juzgada formal**. La administración no puede conferir aquella firmeza que la fuerza material de cosa juzgada confiere a la sentencia el juez ordinario.

- Goza de fuerza material de cosa juzgada en cuanto el acto administrativo es de ejecución única y por tanto invariable, como la liquidación de impuesto, y no puede tenerla cuando el acto es de ejecución sucesiva o responde a circunstancias variables como el permiso para abrir un sanatorio, ocupar un bien del dominio público, etc.

20- A quienes obliga la sentencia.

- La sentencia obliga: a- Al particular demandante.

b- El tercero coadyuvante.

c- La Administración.

21- Cumplimiento de la misma.

- El Tribunal de Cuentas no podrá, tanto por el principio de la separación de poderes como por razones técnicas, hacer ejecutar por sí mismo la sentencia, dictando las resoluciones administrativas necesarias para su ejecución.

22- Cobro compulsivo de crédito.

- Haya o no rubro previsto en el presupuesto, el Tribunal no puede ordenar a la autoridad Administrativa lo que por ley le está prohibido. Si no hay crédito previsto en el presupuesto pedirá su inclusión para el próximo ejercicio. La ejecución por cobro del crédito reconocido judicialmente, debe iniciarse ante el Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial, no sólo porque el simple cobro del crédito ha dejado de ser materia contencioso-administrativa, sino porque el Tribunal actúa a nivel de apelación, y carece de la facultad para hacer ejecutar su propia sentencia.

23- Evolución de nuestra justicia administrativa.

- En el Reglamento de Gobierno de 1813 y la Constitución de 1844, se menciona aspectos relativos a las causas contenciosas.

- La Constitución de 1870, atribuye al Poder Judicial la potestad de conocer y decidir en los actos de carácter contencioso.

- Por ley del 22 de junio de 1909, se crea el Tribunal de Cuentas.

- La ley Orgánica de los Tribunales Nº 325/18, el Tribunal Superior de Justicia conocerá originariamente, también en única instancia, de las lesiones de Derecho Administrativo.

- La ley española de 1888 sirvió de fuente para dictar la ley nacional 1462/35 en lo referente a la materia y al procedimiento, aunque sobre este último nuestra ley hace una remisión al Código de Procedimiento Civiles.

- Ley 6623/44, sobre las sentencias del Tribunal de Cuentas

- La Ley 879/81, en su Art. 130 en concordancia con la Constitución Nacional de 1992.

- También la Ley 125/ 91, en sus arts. 234,235,236,237 y siguientes

LECCION XXII

Lección XXIII

Derecho Municipal

Obs: AM: Administración Municipal.

1.- Derecho administrativo general y Derecho Municipal.

Administración pública en sentido amplio es sinónimo de Estado; en sentido restringido designa solo a la administración a cargo del PE, excluyendo la administración interna del PL. y del Poder Judicial. La AM está incluida en el concepto amplio de administración Pública porque está integrada y subordinada al Estado. La cuestión es saber si está incluida dentro del concepto restringido de administración a cargo del PE. La respuesta es que la AM no está incluida dentro de la administración general del país a cargo del PE. La Constitución reconoce expresamente la autonomía municipal y prescribe taxativamente los casos de intervención del PE.

Ahora, si bien la AM está separada de la administración general, el Derecho Administrativo Municipal es el mismo Derecho Administrativo General. Así, desde el punto de vista jurídico toda la actividad municipal es administración, ejecuta la ley a través de sus ordenanzas, reglamentos y resoluciones. Sus agentes son agentes públicos, si bien pueden estar sometidos a un estatuto especial, caben dentro de la AM las mismas formas centralizadas y descentralizadas de organización de los servicios municipales. Sus bienes son bienes públicos sometidos al mismo régimen de los estatales. Pueden celebrar contratos y, por último, existen en el Derecho Municipal los mismo medios de protección jurídica para los particulares que en el derecho administrativo general. Entonces, **qué objeto tiene su estudio por separado?** Su objeto es verificar la aplicación de los principios generales del DA en el ámbito municipal.

2.- Caracteres de la autonomía municipal.

La autonomía por su sentido intrínseco es el poder de dictar y aplicar sus propias normas la institución administrativa de que se trate. En la institución municipal se encuentra en forma típica: la municipalidad aplica la ley y además sus propias ordenanzas y reglamentos que constituyen el derecho municipal. Pero la autonomía municipal es más que la descentralización de instituciones administrativas, porque además de su competencia en razón de la materia tiene la territorial, ceñida a su propio territorio o distrito. También se distingue de otras instituciones administrativas de carácter territorial por el rasgo fundamental del gobierno electivo, lo que le confiere el grado máximo de autonomía posible. Más autonomía solo existe en los estados federales. El gobierno propio se entronca en la democracia representativa, participativa y pluralista, adoptada por prescripción constitucional y que constituye el fundamento y esencia última de la autonomía municipal.

3.- El municipio y el Derecho Natural.

Para ciertas doctrinas iusnaturalistas, el municipio es anterior y superior al Estado, el que no puede negar su existencia y no hace más que reconocerlo por ley. Podría creerse que los municipios han delegado sus poderes en el poder central, lo que es históricamente erróneo; y podría inducir a engaño el hecho histórico de que en la antigüedad clásica 1º fue la ciudad y luego el estado, pero entonces la ciudad era lo que hoy llamamos Estado. Es impropio decir que hay un estado dentro del estado, significando que ciertas instituciones tienen autonomía excesiva o poderes extraordinarios o inconvenientes, pero desde el momento en que el Estado puede disminuirlos o delimitarlos por ley o por la propia constitución, como ocurre con las municipalidades, éstas no son ni pueden llegar a ser estados dentro del Estado. Otra cosa son los fundamentos naturales en que se apoya la autonomía municipal. Es un hecho demográfico y sociológico destacado en que la población humana no se distribuye uniformemente en el territorio, sino que se congrega en aldeas, villas y ciudades, centros urbanos que general necesidades e intereses comunes y forjan su propia historia. El derecho municipal que se apoye y responda cumplidamente a éstas condiciones naturales del municipio, puede ser considerado fundamentalmente como Derecho Natural Municipal.

4.- Ley orgánica Municipal de 1.882.

El 7 de Junio de 1.882 se dictó la 1ª ley orgánica de las municipalidades, que organizó en la ciudad de Asunción y en las villas y pueblos que a juicio del Ejecutivo sean necesarios, cuerpos municipales en la forma y con las atribuciones que prescribía esa ley; en la cual se estableció, detalladamente la forma de elección popular de sus miembros. El municipio de Asunción elegía 2 miembros titulares y 2 suplentes por cada uno de sus distritos: Catedral, Recoleta, San Roque y Trinidad, Encarnación y Lambaré. Los demás pueblos y villas 4 titulares y 2 suplentes. No había intendentes sino presidentes de las juntas o consejos municipales. En 1891 se creó el 1er cargo de intendente para la municipalidad de la capital, quedando a su cargo exclusivo las atribuciones de carácter administrativos o que se relacionen con la ejecución de las disposiciones dictadas por la corporación.

5.- Las leyes 915 y 22 y sus fuentes.

La ley 915 de 1927 organizó las municipalidades en todo el país, les confirió gobierno propio y cierta autonomía no muy bien definidas. Sus fuentes pueden encontrarse en las leyes municipales argentinas ya través de éstas en las norteamericanas e cuanto a autonomía y distribución de competencias entre los órganos del gobierno municipal.

La ley 222 tuvo por objeto la revisión, ordenamiento y modernización de la 915. Mantuvo sus lineamientos fundamentales en cuanto a organización de municipalidades por categorías, elección de concejales conforme a la ley electoral nacional, definición de la competencia municipal por el método indirecto de atribuciones que confería a las juntas y numerosos artículos pasados textualmente de la anterior. Innova y amplía materias como la creación legal de municipios, previsiones acerca de las parroquias, amplía atribuciones de la junta en materia de servicios públicos, plan regulador, educación pública, cultura, deportes y turismo, especifica los tributos asignados a la municipalidad que serían creados pro ley y la ampliación y desarrollo de la cooperación intermunicipal. Sus fuentes son la ley 915, los principios proclamados por los Congresos Panamericanos de municipalidades, las resoluciones del Congreso de municipalidades realizado en nuestro país en 1952, la ley municipal de Ecuador de la que se adoptaron varias disposiciones textuales y la ley de municipalidades Uruguayas.

6.- La autonomía Municipal en la Constitución.

Las constituciones de 1870 y 1940 conferían al Legislativo la atribución de legislar sobre organización municipal, sin precisiones. Las leyes dictadas bajo su vigencia (915 y 222) contenían disposiciones que mutilaban gravemente la autonomía municipal. La técnica jurídica para asegurar la autonomía municipal es consagrarla en la Constitución, de modo que no pueda ser alterada por las leyes del congreso. Para que pueda ser completa y no disminuida por la ley, debe otorgar a los municipios plena libertad para darse su propia carta constitutiva, lo que en un país con escasa cultura cívica (como el nuestro) podría conducir a la anarquía de los regímenes municipales. Siguiendo otro método, podría establecer simplemente los principios fundamentales de la autonomía que podrían ser disminuidos por las leyes. En el congreso panamericano de Montevideo en 1953 se declaró que la autonomía municipal se caracteriza por el reconocimiento en la Constitución de la autonomía política, fundada en principios democráticos; la capacidad financiera con recursos adecuados para el cumplimiento de sus fines y; la administración propia de los servicios públicos locales.

7.- el municipio en la Constitución del 67.

Siguiendo el método señalado, sienta los principios fundamentales y delega en la ley el establecimiento del régimen municipal en detalles.

En la Constitución vigente de 1992 se prescribe: de los Municipios: **166º De la autonomía:** Las municipalidades son los órganos de gobierno local con personería jurídica que, dentro de su competencia, tienen autonomía política, administrativa y normativa, así como autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos. **167º Del Gobierno municipal:** El gobierno de los municipios estará a cargo de un Intendente y de una Junta Municipal, los cuales serán electos en sufragio directo por las personas habilitadas legalmente. **171 - De las categorías y de los regímenes :** Las diferentes categorías y regímenes de municipalidades serán establecidos por ley, atendiendo a las condiciones de población, de desarrollo económico, de situación geográfica, ecológica, cultural, histórica y a otros factores determinantes de su desarrollo. Las municipalidades podrán asociarse entre si para encarar en común la realización de sus fines y, mediante ley, con municipalidades de otros países.

8.- Otras prescripciones constitucionales.

168º De las atribuciones : Serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley: 1)la libre gestión en materias de su competencia, particularmente en las de urbanismo, ambiente, abasto, educación, cultura, deporte, turismo, asistencia sanitaria y social, instituciones de crédito, cuerpos de inspección y de policía; 2)la administración y la disposición de sus bienes; 3)la elaboración de su presupuesto de ingresos y egresos; 4)la participación en las rentas nacionales; 5)la regulación del monto de las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados, no pudiendo sobrepasar el costo de los mismos; 6)el dictado

de ordenanzas, reglamentos y resoluciones; 7) el acceso al crédito privado y al crédito público, nacional e internacional; 8) la reglamentación y la fiscalización del tránsito, del transporte público y la de otras materias relativas a la circulación de vehículos, y 9) las demás atribuciones que fijen esta Constitución y la ley.

169º Del impuesto inmobiliario: Corresponderá a las municipalidades y a los departamentos la totalidad de los tributos que graven la propiedad inmueble en forma directa. Su recaudación será competencia de las municipalidades. El setenta por ciento de lo recaudado por cada Municipalidad quedará en propiedad de la misma, el quince por ciento en la del Departamento respectivo y el quince por ciento restante será distribuido entre las municipalidades de menores recursos, de acuerdo con la ley. **170º De la protección de recursos:** Ninguna institución del Estado, ente autónomo, autárquico o descentralizado, podrá apropiarse de ingresos o rentas de las municipalidades.

9.- Revisión de la ley orgánica municipal 1294/87.

Como la anterior, está dividida en títulos, capítulos y secciones, sus 11 títulos cuentan con 254 artículos, fue promulgada el 18 de diciembre de 1987 entrando en vigencia a los 60 días, derogando la anterior y todas las demás disposiciones contrarias. Ver ley 1294 editorial el foro.

10 Creación y supresión de municipios.

Artículos 3, 4 y 5; ley 1294/87

11.- Ejido o radio urbano y distrito municipal. Importancia de la distinción.

El vocablo **ejido** tiene significados diferentes, en algunos países designa tierras que están fuera del radio urbano, en otros significa tierras que están dentro del radio urbano. En nuestra propia legislación se encuentra usado en los 2 sentidos. Por eso conviene evitar el uso del vocablo ejido que resulta anfibológico. Hay que distinguir radio urbano municipal de Distrito municipal, distinción que tiene importantes consecuencias. El municipio está compuesto de la ciudad o pueblo que es el **radio urbano** y el territorio que lo circunscribe es el distrito. La ley 1294 dice que el territorio del municipio coincide con el del Distrito, los que son establecidos por ley, dividiéndose en zonas urbanas, suburbanas y rurales. Las zonas urbanas y suburbanas se dividen en barrios o sectores de barrios. También dice que habrá 1 municipalidad en cada uno de los municipios en que se divide la república (1).

Importancia: es preciso destacarla, porque hay varios tributos que la municipalidad sólo puede percibir dentro de su radio urbano, como el edilicio, de edificación, de fraccionamiento de tierras, recolección de basuras y limpieza de la vía pública, conservación del pavimento y el porcentaje sobre los impuestos inmobiliarios?. Fuera del radio urbano y dentro del distrito municipal, las atribuciones municipales son más limitadas. Puede instalar en él tablas, mercados etc., y percibir tasas. Como regla se puede decir que dentro del distrito los servicios municipales son subsidiarios de los del Estado, en tanto que dentro del radio urbano los servicios estatales son subsidiarios de los municipales.

12.- Las parroquias.

A los efectos de un mejor gobierno municipal, en la ley 222 se instituyeron las parroquias para designar los barrios de la ciudades y las compañías y colonias de "la campaña". Eran una descentralización de servicios dentro de la administración municipal y medio indicado para atender las necesidades de las aleas y planteles urbanos incipientes de las colonias, mientras no alcanzaren los requisitos mínimos para erigirse en municipios. La ley actual dice que habrá 1 municipalidad en cada uno de los municipios en que se divide el territorio de la República; abandonando la antigua división de los municipios en parroquias de la ley 222.

13.- Las municipalidades y el IBR.

Según el estatuto agrario, la planta urbana de las colonias está bajo la jurisdicción del IBR, de manera que para crear una zona urbana o un municipio es necesario que la municipalidad se ponga de acuerdo con el IBR. El estatuto también dispone que el IBR podrá afectar tierras suburbanas a la formación de quintas de explotación intensiva y que la ubicación y extensión de las áreas suburbanas será determinada de acuerdo con la municipalidad respectiva. La ley 1294/87 dice que cuando por la extensión de la zona urbana se afecten tierras fiscales que se hallen a cargo del IBR, éste deberá transferirlas a la municipalidad por el valor vigente establecido por el IBR, debiendo formalizarse la transferencia dentro del plazo de 180 día por la Escribanía Mayor de Gobierno (para evitar que los amigos de Lucho lucren con eso) (176).

14.- Cooperación intermunicipal.

La ley 1294/87 crea la organización paraguaya de cooperación intermunicipal OPACI, organismo oficial integrado por todas las municipalidades del país. (221). Para el cumplimiento de sus fines los municipios aportarán los fondos necesarios conforme a sus posibilidades financieras. Tiene personería jurídica y estatutos reconocidos. Las resoluciones aprobadas por la mayoría de votos de las asambleas de la OPACI obligan a los municipios miembros, obligación que se funda en la participación con voz y voto en la asambleas, no es cooperación forzosa. El IDM desapareció. Creo.

15.- El gobierno municipal.

Hay varios sistemas que pueden seguirse para su organización: 1 órgano con funciones indiferenciadas de ejecución y dirección; 1 órgano colegiado y deliberante y 1 órgano ejecutivo independiente; y 1 órgano deliberante superior y el ejecutivo subordinado. La ley sigue el de 2 órganos, 1 deliberante y legislativo llamado junta municipal y 1 órgano administrativo ejercido por el intendente, aplicando a la organización municipal el principio de separación de poderes que rige en el Estado y siendo los miembros electos en forma directa por el pueblo.

16.- Atribuciones de la Junta y del Intendente.

De la junta: artículos 37 al 47. Del intendente, artículos 60 al 69.

17.- Materias de competencia municipal.

168º De las atribuciones : Serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley: 1) la libre gestión en materias de su competencia, particularmente en las de urbanismo, ambiente, abasto, educación, cultura, deporte, turismo, asistencia sanitaria y social, instituciones de crédito, cuerpos de inspección y de policía; 2) la administración y la disposición de sus bienes; 3) la elaboración de su presupuesto

de ingresos y egresos; 4) la participación en las rentas nacionales; 5) la regulación del monto de las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados, no pudiendo sobrepasar el costo de los mismos; 6) el dictado de ordenanzas, reglamentos y resoluciones; 7) el acceso al crédito privado y al crédito público, nacional e internacional; 8) la reglamentación y la fiscalización del tránsito, del transporte público y la de otras materias relativas a la circulación de vehículos, y 9) las demás atribuciones que fijen esta Constitución y la ley. Agregar artículos 17 y 18, Ley 1294/87.

18.- Actos jurídicos municipales.

Los órganos municipales ejercen sus atribuciones mediante actos jurídicos que son los mismos del derecho administrativo general:

Actos reglamentarios por los cuales crean obligaciones y prohibiciones para la generalidad de los habitantes, que se denominan **ordenanzas**, o para la generalidad de los agentes de la administración municipal que son los reglamentos internos o simplemente **reglamentos**; y por último las **resoluciones**, que son la aplicación de las normas de carácter general (ordenanzas y reglamentos) al caso particular de un individuo o un grupo determinado de individuos, sean habitantes o agentes de la administración. **Agregar** artículos 48 al 57 de la ley 1294/87.

19.- Organos y agentes municipales.

El intendente nombra y remueve al personal de la intendencia, de conformidad al estatuto del funcionario municipal o a falta de éste la ley de la función pública. La junta tiene un presidente y un vicepresidente y tendrá un secretario. Ella organiza las comisiones asesoras permanentes, cada una de las cuales debe estar compuesta por 3 miembros como mínimo, para atender a las distintas materias de competencia municipal: legislación, hacienda y presupuesto, obras públicas y servicios, etc. el régimen del personal municipal, dice el artículo 237 se regirá por un estatuto que contemplará lo relativo a la carrera administrativa y servicios especiales, derechos y obligaciones, estabilidad, promoción, régimen disciplinario y terminación de funciones. Llamar a la municipalidad para ver si existe.

20.- Impuestos, tasas y contribuciones.

En materia de hacienda y presupuesto, compete a la junta sancionar el presupuesto, controlar su ejecución y establecer anualmente la escala de los impuestos, tasas, contribuciones especiales y multas dentro de los límites autorizados por la ley. Establece normas para la aplicación del régimen impositivo, el procedimiento para la recaudación de recursos y el contralor en la utilización de éstos. Agregar artículos 124 al 141.

21.- Bienes públicos municipales.

Leer artículos 105 al 108.

22.- Contratos de la municipalidad con los particulares.

Leer artículos 211 al 220.

23.- Recursos contra las resoluciones municipales.

Leer artículos 89, 90, 95, 101 al 104 y 232 al 236.

24.- la intervención. La destitución. 165 - De la intervención

Los departamentos y las municipalidades podrán ser intervenidos por el Poder Ejecutivo, previo acuerdo de la Cámara de Diputados, en los siguientes casos: 1) a solicitud de la Junta Departamental o de la Municipal, por decisión de la mayoría absoluta; 2) por desintegración de la Junta Departamental o de la Municipal, que imposibilite su funcionamiento, y 3) por grave irregularidad en la ejecución del presupuesto o en la administración de sus bienes, previo dictamen de la Contraloría General de la República.

La intervención no se prolongará por más de noventa días, y si de ella resultase la existencia del caso previsto en el inciso 3), la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta, podrá destituir al Gobernador o al Intendente, o a la Junta Departamental o a la Municipal, debiendo el Tribunal Superior de Justicia Electoral convocar a nuevos comicios para constituir las autoridades que reemplacen a las que hayan cesado en sus funciones, dentro de los noventa días siguientes a la resolución dictada por la Cámara de Diputados.

Ley 317/94 que reglamenta la intervención a los gobiernos departamentales y/o a los gobiernos municipales está en otra lección, página 59.

Principios fundamentales del Derecho Administrativo

Los principios jurídicos son reglas generales que pueden abstraerse del Derecho Positivo, o que enseñadas por la Doctrina más autorizada, lo sustentan y sirven para resolver lagunas que pueden existir en el Derecho Positivo. Todos los principios jurídicos que informan el Derecho Administrativo son comunes al Derecho Público, pero tienen especial aplicación en el Derecho Administrativo. Es preciso reconocer que ellos son los Principios del Derecho Constitucional, pero es el DA el que los desarrolla y les presta efectividad.

1.- El Principio de Legalidad de la Administración.

Historia: la teoría del sistema absolutista parte del principio de que la fuente del derecho se encontraba en la persona del rey o soberano. El origen divino del poder fue la sinrazón que explicaba la omnipotencia gubernamental. La doctrina del Estado de Hobbes (el Leviathán) nos presentó a un ente absoluto sin restricciones: el hombre se despoja de todos sus poderes para transferirlos al Estado, al que vuelve poderoso. La Filosofía de la Ilustración, con Voltaire, Montesquieu, Rousseau y otros se encargó de demoler la teoría del Leviathán. Nace el constitucionalismo y el derecho administrativo como el fermento de la expresión de las ideas jurídicas predominantes de los padres de la Revolución Americana y la Francesa.

Actualmente partimos de la idea de que toda organización política se apoya ineludiblemente en el concepto del Derecho, y que todo poder es poder jurídico, que sólo hay una voluntad general en forma legítima que es la Ley. Ella es producto de la comunidad y el ciudadano sólo debe obediencia a la ley y a nada más. El Principio de legalidad de la Administración es una de las grandes conquistas de nuestro tiempo, consistente en el total sometimiento de la Administración a la Ley. Sustenta que toda actividad o acción singular del poder debe estar justificada en una ley previa. Ninguna actividad del P.E. o de su administración puede realizarse sino bajo un mandato expreso de la ley; porque no rige en el derecho público el principio del Derecho Privado de que puede hacerse todo lo que no está prohibido. Se revela en el DA en: A) la subordinación de las leyes administrativas a la Constitución y la ley formal del legislativo (son leyes subconstitucionales); B) la actividad administrativa es sublegal, debe ajustarse siempre a la constitución y a las leyes. C) la legalidad de los actos administrativos es más estricta que la licitud de los actos jurídicos privados. D) existe supremacía del interés general sobre el interés particular.

2.- Estado de Derecho y Principio de Legalidad.

El Estado de Derecho significa "sumisión a las Leyes", pero especialmente a un modelo legislativo: el de aquellas normas cuyo objeto es hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social. Este principio de raíz constitucional impone al Estado el respeto a la normatividad y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad, control y responsabilidad, consecuencias todas del Estado de Derecho como modelo adoptado para la organización pública. Por eso es que Chase Plate expresó que debía mantenerse el art. 41 de la constitución del 67 en donde se encuentran los soportes en que se sustenta la legalidad de la administración, expresando que las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos ajustarán siempre sus actos a las disposiciones de la constitución y de las leyes. Ejercerán conforme a ella las atribuciones de su competencia y serán personalmente responsables de sus transgresiones.

Los requisitos que deben reunir los actos de las autoridades para que se ajusten a las disposiciones de la Constitución y las leyes, constituyen la médula del Derecho Administrativo y son idénticos y tienen la misma vigencia en todos y cualesquiera sectores de la Administración Pública. El Principio de Legalidad de la Administración es el pilar sobre el que descansa un Estado de Derecho, es el freno a la injusticia, la muralla a la arbitrariedad y el arma del ciudadano para combatir los excesos del poder y los abusos de la autoridad.

El Principio de licitud del Derecho Privado.

Para las personas de derecho privado rige la regla según la cual está permitido todo lo que no está prohibido, consagrada ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, para la regularidad y validez de los actos de la autoridad administrativa, ésta debe conformarse con las normas reglamentarias, legales y constitucionales. La 1ª condición de fondo del acto administrativo es la medida que la autoridad administrativa está "autorizada" a tomar, ésta autorización constituye su poder jurídico y sin ella no hay tal poder. La autoridad administrativa no debe limitarse a examinar si el acto no está prohibido, debe asegurarse que el acto esté positivamente autorizado. Por ello la legalidad exigida para los actos de la administración es más estricta que la licitud de los actos jurídicos privados; en el sentido de que para éstos basta que no estén prohibidos, en tanto que los actos administrativos deben estar autorizados expresa o implícitamente en la ley o reglamento.

La Plenitud Hermética del Orden Jurídico.

Los principios Generales del Derecho son verdades jurídicas de validez universal, elaboradas por la Filosofía Jurídica, que sirven de fundamento y límite a toda legislación positiva. Constituyen el presupuesto lógico y necesario de igual validez para el Derecho Público y para el Derecho Privado. Se preceptúa que si una cuestión de una materia específica no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los

principios de leyes análogas; y si aún así la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los Principios Generales del Derecho, tomando en consideración las circunstancias del caso. (salvo en el Derecho Penal, donde no se puede aplicar analogía).

Así se ordena recurrir a los principios más elevados, para integrar el derecho vigente. Tal arbitrio resulta lógico, pues el Derecho busca en sus propios fundamentos la solución de los casos que no ha previsto. Con la inclusión de los Principios Fundamentales en el sistema de las fuentes, el legislador denota su propósito de procurar la Plenitud del Ordenamiento Jurídico, no dejando espacios vacíos o lagunas sin rellenar. La autoridad administrativa, lo mismo que el Juez, no puede negarse a resolver las cuestiones que se le plantean so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley. Si no existe texto expreso de la ley que resuelva la cuestión, debe investigarse si existen disposiciones análogas en otras leyes administrativas, y si tampoco las hay, debe recurrirse a la doctrina del DA y a los principios generales del Estado de Derecho.

Así, los principios fundamentales del derecho Administrativo cumplen no sólo la misión supletoria de la Legislación Positiva, sino también la de impulsar el progreso de la Ciencia Jurídica. Expresan el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de toda legislación administrativa. Tienen aplicación en DA el texto expreso de la Constitución, la ley y el reglamento, disposiciones análogas de las mismas fuentes, Principios Generales y Doctrina del Derecho Administrativo, en razón de que este derecho no está codificado y existen en él muchas lagunas que deben ser llenadas con normas que sean consideradas como las más justas, en cuanto sean compatibles con los principios fundamentales del derecho público.

3.- El concepto Técnico de Potestad.

(El término Potestad deriva del latín "potestas" "potestatis", cuya raíz es "Pot" y significa poder, poderío, facultad). La capacidad del estado para establecer mandatos imperativos necesita de ciertos atributos inherentes a la supremacía estatal, indispensables para que la administración cumpla sus funciones de velar por el interés general, se las llama "Potestades Administrativas", que no son sino ciertos aspectos del poder.

La Potestad es una capacidad superior de carácter formal, es una prerrogativa inherente a una función, que constituye un reflejo cualificado del poder general del Estado. Se clasifica a la potestad administrativa en : Imperativa o de mando; ejecutiva o de gestión; sancionadora y jurisdiccional. Las prerrogativas, derechos, atribuciones y facultades concretas nacen directamente del poder, que se materializa prácticamente en una orden, autorización, permiso, sanción, reglamento, etc., que produce efectos jurídicos en forma directa respecto de los derechos de los administrados, de las relaciones activas y pasivas de los que están vinculados a la administración. Entonces el concepto técnico de potestad se refiere a la autorización atribuida a los órganos de la administración, para la creación y ejecución de las normas que se da en el acto administrativo.

Atribución Expresa y Específica.

Las Potestades del Ejecutivo y las Facultades de la Administración deben estar expresas en la Constitución y en la ley. Sobre la autorización para dictar reglamentos atribuida a los órganos ello es materia reservada a la Constitución y a la ley, y por delegación de ésta, a los reglamentos del P.E. y de las Entidades Descentralizadas. Entonces, si no está prescrita en forma expresa y específica por la Constitución, sólo puede ser otorgada por ley o reglamento expresamente autorizado por ley; sólo así el acto administrativo cumple con las condiciones de regularidad y validez. La condición de fondo es la autorización expresa, tácita o implícita que necesita la autoridad administrativa para adoptar la medida, objeto de su propio acto o resolución; que constituye su poder jurídico; y debe asegurarse que sea expresa y específica, o sea que esté positivamente autorizada por ley o reglamento. Con el otorgamiento de personalidad jurídica por ley, se entiende autorizada la entidad para celebrar toda clase de actos jurídicos de Derecho Privado, salvo las limitaciones establecidas por la misma ley. La autorización o fundamento legal se expresa en el "Considerando del acto administrativo formal, pudiendo ser tácito, pero siempre exigible, aunque el acto sea informal. La autorización legal puede ser expresa o implícita: por ejemplo, para imponer sanciones, recaudar tributos y para dictar reglamentos según la facultad reglamentaria, la autorización tiene que ser necesariamente expresa, en virtud de prescripciones constitucionales. Puede ser implícita como la que tiene el superior jerárquico para dar órdenes de servicio, comprendida en el poder jerárquico.

4.- Supremacía del Interés General.

El Estado es la perfecta organización jurídico-política de la comunidad que busca el bien común. La justificación ética del ejercicio del poder está dada por la rectitud en el obrar con miras al fin específico de la comunidad política: el interés público y el bien común. La Administración Pública es consustancial con el interés general, existe para éste fin y sólo para él. La Constitución prescribe (128) que: "En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. Todos los habitantes deben colaborar en el bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen la Constitución y la ley".

La actividad administrativa persigue siempre el interés público; la finalidad de todo acto administrativo debe tener en mira el interés general, de manera que, con un alto espíritu de justicia puedan equilibrarse los intereses individuales con los generales. No hay que olvidar que la suma de los intereses individuales conforma el interés general, así que en su accionar la administración debe propender siempre a la satisfacción de ése interés público y al bien común de la sociedad política como objeto final del Estado. (Chase Plate, Motivación del acto administrativo, pág. 18).

El problema sería saber en qué condiciones los intereses particulares, cuya suma y necesidad de seguridad los revisten de interés general, merecerán a éste título la protección jurídica. En rigor, es la ley la que debe decidir la cuestión, porque sería un serio riesgo permitir que la autoridad califique a su arbitrio qué intereses serán protegidos y cuales no, a título de intereses particulares. Pero como es imposible que la ley prevea todos los casos, es necesario que la autoridad pueda estimarlos, decidiendo en una situación concreta si los intereses particulares en juego merecerán la protección debida al interés general. Por ejemplo en la revocación del acto administrativo, en que la autoridad administrativa debe decidir, a falta de disposición legal, cuándo el interés particular debe ceder ante el general de la revocación, y cuándo debe prevalecer en razón de la necesaria

seguridad jurídica, que también es de interés general; siempre reafirmando como regla absoluta la primacía del interés general en la administración pública.

5.- El Principio de igualdad.

Prescribe (46) la Constitución: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. El estado garantizará a todos los habitantes de la República la igualdad: para el acceso a la justicia; ante las leyes; para el acceso a las funciones públicas no electivas sin más requisito que la idoneidad; y la igualdad e oportunidades en la participación en los beneficios de la naturaleza, los bienes materiales y la cultura”. “El Hombre y la Mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva”. La igualdad real es un objetivo propio de la seguridad jurídica y de la solidaridad social, es uno de los principios más entrañables de la condición humana y su violación es tan grave que no pueden predecirse sus consecuencias. La Administración Pública tiene la misión de hacer efectivo este principio en los hechos.

6.- Preservación de los DD.HH.

No se puede concebir que la Administración Pública tenga otros fines más elevados que la preservación y promoción de los DD.HH. La Constitución (4) lo consagra al expresar: “Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y su reputación”. Esta es la única justificación para investir de potestades a cualquier clase de Policía, que es materia exclusiva del Derecho Administrativo, y que debe velar por sobre todo en cuanto al trato y pleno goce y ejercicio de los DD.HH., en particular respecto a los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

7.- Auto-administración.

La regulación por órganos administrativos es autocrática, en tanto que la del Legislativo es democrática (porque sanciona una ley mediante debate público y el órgano administrativo dicta un reglamento desde un gabinete). La administración es autocrática en el sentido de que sus órganos no son electivos y sus decisiones se toman unilateralmente, sin consulta a los sectores afectados. Ahora, la centralización excesiva del poder no sólo es inadecuada para la atención eficaz de los servicios a cargo de la Administración, sino que es impropia para el ejercicio de las libertades y de la democracia. La autocracia adquiere graves proyecciones a medida que se multiplican los órganos con facultades reglamentarias, en cuya virtud materias importantes como la regulación monetaria no la hace ya el Poder Legislativo sino la administración a cargo del Poder Ejecutivo. En este sentido es cierto e inevitable el fenómeno de traslación de poder del Legislativo, no necesariamente al Jefe del Ejecutivo, sino a la “burocracia” administrativa.

Nos encontramos ante 2 problemas: el congreso no tiene tiempo para ocuparse permanentemente de adecuar la legislación a circunstancias cambiantes, y por otro, no puede atribuirse sin limitaciones y controles efectivos a un órgano ejecutivo, la facultad de tomar decisiones que lo conviertan en regulador de la vida económica. Por ello se brega por la descentralización, pero (otro problema) una descentralización extremada rompe la unidad de la Administración, la desintegra y dificulta la adopción de un programa general de gobierno y, si la autonomía o autarquía es excesivamente disminuida, se pierden las ventajas de la independencia, rapidez de acción y especialización que se buscaba.

Concluyendo, es la **participación directa y auténtica de los sectores afectados en las funciones de regulación**, el ideal para paliar el poder burocrático, con un instrumento de democratización de la Administración. Por todas estas razones constituye una valiosa conquista la Autonomía Municipal consagrada en la Constitución, con la administración local en manos de los interesados. Esta Auto-administración puede ser erigida en principio general, al menos como tendencia, para democratizar en la medida de lo posible los órganos administrativos colegiados con facultades reglamentarias, mediante la representación de los sectores afectados. La autonomía municipal significa facultad para dictar sus propias normas (ordenanzas). Viene impuesta por la necesaria descentralización administrativa, para una mejor atención de las necesidades locales; y política para el ejercicio del gobierno propio. ver V.M. pág. 70 p/ ejemplos.

8.- Responsabilidad de la Administración y sus agentes.

Una de las mayores conquistas del Derecho, ha sido el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. De un Estado irresponsable se pasó al Estado responsable, sometido al Derecho, obligado a resarcir, o en su caso a indemnizar, toda lesión o daño ocasionada al ciudadano o administrado, sea por acto ilícito e inclusive por el lícito o legítimo. Se ha sentado en Doctrina y en Derecho Positivo sin lugar a dudas (inconcusos), el principio de la Responsabilidad de la Administración y sus agentes, no sólo por **actos irregulares**, sino también por actos legislativos, administrativos y judiciales **regulares**, en cuanto quiebren el principio de igualdad de sacrificio en las cargas públicas. Dice el Profesor Chase Plate, que debe preservarse la responsabilidad extracontractual de la Administración, por los actos ilícitos de los agentes y por los actos legítimos o lícitos. La responsabilidad debe abarcar las 3 ramas o funciones del Estado: a) la responsabilidad por actos administrativos; b) la responsabilidad por actos legislativos; y c) la responsabilidad por actos judiciales. Se trata de preservar el derecho de los Paraguayos y extranjeros a ser indemnizados por parte del Estado o los municipios por los daños y perjuicios de que hayan sido objeto por parte de la autoridad legítima en el ejercicio de sus funciones.

Nuestra Constitución lo prescribe, para la administración y sus agentes en el apartado (106) “De la responsabilidad del funcionario y del Empleado Público”, que dice: “ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”. La responsabilidad personal de los agentes es la mejor garantía, si no la única, de la legalidad de la administración. En cuanto a la responsabilidad directa del Estado, prescribe (39) “Del derecho a la indemnización justa y adecuada: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. La ley reglamentará éste derecho”.

Así también, la ley 1535/99 de Administración Financiera del Estado, en el capítulo de las responsabilidades (82 y ss), establece la responsabilidad de las autoridades y de los funcionarios, como sigue: “las autoridades,

funcionarios y, en general, el personal de servicio de los organismos y entidades del Estado que ocasionen menoscabo a los fondos públicos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a sus obligaciones legales, responderán con su patrimonio por la indemnización de daños y perjuicios causados, con independencia de la responsabilidad disciplinaria o penal que les pueda corresponder..”

Se establece las clases de responsabilidad en contractual y extracontractual, la última puede ser indirecta, causada por actos irregulares de sus agentes, y directa por actos regulares de sus órganos y por riesgos de administración. La contractual dice que el Estado, municipalidades y entidades descentralizadas son responsables por el incumplimiento de los contratos que celebren con los particulares y entre sí mismas. Es responsable el Estado y la institución o la municipalidad. Si el incumplimiento proviene de una entidad autónoma o repartición sin personería jurídica, el responsable es el Estado.

La responsabilidad indirecta de la administración se extiende a los daños causados por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado. La jurisdicción es la Administrativa y la Contencioso- administrativa. La responsabilidad directa por los actos regulares se rige en todos los casos por el Derecho Administrativo, y su conocimiento compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. Los actos administrativos individuales dictados en aplicación regular de la ley o el reglamento sólo serán indemnizables cuando resulten en perjuicio extraordinario y limitado a ciertos individuos, infringiendo de éste modo el principio de igualdad (sólo los perjuicios fuera de lo común)

Se concibe en doctrina una norma de avanzada que concilia armónicamente la actividad judicial y los derechos individuales, por medio de la cual reconoce la responsabilidad estatal (aparte del indulto o conmutación de pena) en caso de comprobarse legalmente que por error, se ha condenado a un inocente que, como consecuencia de ello, ha sufrido todo tipo de perjuicios. La administración debe indemnizar por los daños extraordinarios causados por accidentes sufridos tanto por particulares como por agentes, en ocasión y con motivo de la prestación de servicios públicos. La jurisdicción será la contencioso-administrativa, por estar fundada la obligación de indemnizar en un principio de Derecho Público.

9.- Publicidad.

Es otro de los principios inherentes a la administración pública el de la publicidad de sus actos. Aunque no hubiera prescripción constitucional que lo dispusiera, este principio deriva del objeto de la administración que es el manejo de la cosa pública. Lo establece positivamente la Constitución en el capítulo II de la libertad bajo el concepto del derecho a informarse, libertad de expresión y de prensa, de los medios masivos de comunicación social del Estado, de la declaración obligatoria de bienes y rentas y del Hábeas Data que como garantías no podrían ejercitarse sin este principio. Estos son los fundamentos de la exigencia de que la administración pública sea manejada como en caja de cristal, a la vista y expuesta a la crítica de todos.

10.- Moralidad.

No hay precepto legal que exija como condición de validez del acto administrativo su moralidad, se debe a que se presume que el derecho se ajusta a la moral. Pero si se produce un desajuste de modo que el acto administrativo es inmoral debe ser sancionado, por lo menos con la nulidad, en virtud del principio de moralidad que debe reinar en la administración pública que es más que un requisito jurídico; es una virtud política, condición para la misma existencia de la República que requiere honestidad de sus gobernantes para subsistir. En Derecho Privado admite expresamente el C.C. (299) que no pueden ser objeto del acto jurídico los hechos contrarios a la moral, y con mayor razón debe ser así en el Derecho Público.

11.- Justicia Administrativa.

Que el Estado y la administración en todos sus niveles, sin excepción, sean justiciables, es otra de las grandes conquistas del Estado de Derecho de nuestro tiempo. La resolución de los recursos administrativos por órganos ejecutivos sigue siendo administración y no jurisdicción. En la instancia administrativa faltan las condiciones para una verdadera justicia: juez independiente e imparcial, procedimiento que haga posible la más amplia defensa, sentencia que haga cosa juzgada (propiedad exclusiva de la resolución judicial). Los recursos puramente administrativos no bastan para la protección de los derechos de los particulares. Ningún acto puede hoy escapar al principio de que la administración es enteramente justiciable; que sus actos pueden ser revisados por el Poder Judicial, para examinar si los mismos se ajustan a la ley, es decir a la constitución, a la ley formal y los reglamentos. Se trata del control de legalidad de los actos de la administración que deben ser revisados judicialmente cuando exista extralimitación de poder o abuso de derecho, porque ninguna actividad del ejecutivo y de la administración puede salir del marco legal, todas las potestades administrativas deben estar tasadas y mensuradas por el Derecho.

En nuestro derecho público, la Constitución (248) consagra expresamente “la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso miembros de otros poderes, ni otros funcionarios podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente previstas en la Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes ni intervenir de cualquier modo en los juicios....”. No hay excepción, ni por la jerarquía de los órganos (actos del legislativo, administrativo o ejecutivo y judicial); ni por su carácter (reglados y discrecionales) que escapen a la justicia Administrativa, que es así la garantía necesaria para la vigencia de todos los demás principios fundamentales de la administración.

El COJ (30) preceptúa: el tribunal de Cuentas se compone de 2 Salas, integradas por no menos de 3 Miembros cada una. Compete a la 1ª entender en los juicios contencioso administrativos en las condiciones establecidas por la Ley en la materia, y a la 2ª el control de las cuentas de inversión del Presupuesto general de la Nación, conforme a lo dispuesto en la Constitución.